

無償契約債務者の責任制限法理

—民法典における責任制限法理の検討—

A limitation of liability for a gratuitous contract in civil law

Haftungsbeschränkung beim Vertrag ohne Gegenleistung nach dem japanischen Zivilgesetz

博士後期課程 民事法学専攻 2010 年度入学

萩原 基裕

目 次

序 章 はじめに	1 頁
I 問題の所在	1 頁
一 今日の契約責任論の展開と無償契約論	1 頁
二 無償契約における責任制限規定をめぐる個々の問題点	3 頁
II 本研究の意義	6 頁
第 1 章 ドイツ普通法時代にみる無償契約債務者の責任制限法理の歴史的展開	9 頁
I はじめに	9 頁
II ローマ契約法概観	9 頁
一 利益原理について	9 頁
二 使用貸借	11 頁
三 寄 託	12 頁
四 委 任	16 頁
五 贈 与	18 頁
III ドイツ後期普通法時代における無償契約債務者の責任制限法理について	20 頁
一 地方特別法・民法典草案における無償契約債務者の責任	20 頁
二 後期普通法学説における無償契約債務者の責任制限法理	38 頁
IV 小 括	46 頁
一 ローマ法	46 頁
二 ドイツ後期普通法時代	47 頁
第 2 章 BGB 立法過程における無償契約債務者の責任制限規定の変遷	49 頁
I はじめに	49 頁
II ドレスデン草案と部分草案	49 頁
一 ドレスデン草案	49 頁
二 部分草案	50 頁
III 第一委員会と第一草案	55 頁
一 第一委員会における審議	55 頁
二 第一草案理由書	62 頁
IV 帝国司法庁準備委員会、第二委員会と第二草案	64 頁
一 帝国司法庁準備委員会	64 頁
二 第二委員会	67 頁
V 小 括	71 頁
一 利益原理の放棄と BGB276 条の採用	71 頁

二 担保責任の制限 73 頁

第3章 ドイツ法における無償契約債務者の責任制限法理・・・・・・・・・・75 頁

- I はじめに 75 頁
- II BGB521 条 75 頁
 - 一 BGB521 条と保護義務違反および不法行為責任との関係 76 頁
 - 二 BGB521 条と給付の原始的主観的不能 91 頁
- III BGB599 条 98 頁
 - 一 判 例 98 頁
 - 二 学 説 106 頁
- IV BGB523 条・524 条・600 条 110 頁
 - 一 自己の財産から給付が行われる場合 (BGB523 条 1 項・524 条 1 項・600 条) 110 頁
 - 二 契約後他人の財産から目的物を取得して給付する場合 (BGB523 条 2 項・524 条 2 項) 112 頁
 - 三 BGB311a 条 2 項と BGB523 条および 524 条 113 頁
- V 委任契約および寄託契約における債務者の注意義務について 116 頁
 - 一 委任契約における受任者の注意義務 116 頁
 - 二 寄託契約における受寄者の注意義務 (BGB690 条) 119 頁
- VI 小 括 124 頁
 - 一 責任制限規定の根拠について 124 頁
 - 二 BGB521 条および BGB599 条 125 頁
 - 三 BGB523 条, 524 条, 600 条 127 頁
 - 四 受任者および無償受寄者の負う注意義務について 128 頁

第4章 フランス法における無償契約債務者の責任制限法理・・・・・・・・・・130 頁

- I はじめに 130 頁
- II 使用貸借 130 頁
 - 一 判 例 130 頁
 - 二 学 説 134 頁
- III 寄 託 135 頁
 - 一 判 例 135 頁
 - 二 学 説 137 頁
- IV 委 任 138 頁
 - 一 判 例 139 頁
 - 二 学 説 141 頁

V	小 括	142 頁
一	担保責任の制限	142 頁
二	注意義務の軽減・フォート評価の緩和規定	144 頁
第5章 日本法における無償契約債務者の責任制限法理・・・・・・・・・・147 頁		
I	はじめに	147 頁
II	小史概観	147 頁
一	無償契約における担保責任の原則的制限	147 頁
二	消費貸借および使用貸借における担保責任の制限	149 頁
三	寄託および委任における注意義務の軽減	151 頁
四	贈与契約における担保責任の制限	155 頁
III	現行民法立法過程における議論	155 頁
一	贈与契約における贈与者の担保責任の制限規定について	156 頁
二	委任契約における受任者の注意義務について	157 頁
三	無償寄託における受寄者の注意義務について	158 頁
IV	現行民法における無償契約債務者の責任制限法理	159 頁
一	贈与者が負う注意義務の基準について	160 頁
二	贈与者の担保責任の制限規定について	162 頁
三	他人物贈与の場合における贈与者の責任について	172 頁
四	無償委任契約における委任者の責任・注意義務の軽減について	173 頁
五	無償寄託における受寄者の注意義務の軽減（659 条）について	177 頁
V	裁判例の検討	179 頁
一	裁判例	179 頁
二	検 討	187 頁
VI	小 括	191 頁
一	旧民法における無償契約債務者の責任制限規定	191 頁
二	現行民法立法過程における無償契約債務者の責任に関する諸規定	193 頁
三	現在の議論	194 頁
四	独仏法との対比	198 頁
第6章 検 討・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・203 頁		
I	責任制限の根拠	203 頁
一	「無償性」の具体的内容	203 頁
二	多元的要素としての無償性	205 頁
II	担保責任の制限規定（551 条 1 項，590 条 2 項，596 条）について	206 頁
一	贈与者などが責任を負う基準について	206 頁

二	担保責任の制限について	208 頁
Ⅲ	無償委任および無償寄託における債務者の注意義務について	218 頁
一	無償委任契約における受任者の義務・責任	219 頁
二	無償寄託における注意義務の軽減（659 条）について	222 頁
Ⅳ	民法典における無償契約債務者の責任制限法理の存否	223 頁
一	有償契約債務者と無償契約債務者との契約義務構造の差異	223 頁
二	無償契約債務者の責任範囲の制限？	227 頁
Ⅴ	結 語	229 頁
一	無償契約における責任制限法理	229 頁
二	551 条 1 項, 590 条 2 項, 596 条, 659 条の規定趣旨	230 頁
三	担保責任の制限に関して（551 条 1 項を中心に）	230 頁
四	659 条の射程に関して	231 頁
五	責任範囲の調整について	231 頁
Ⅵ	補論—債権法改正作業における無償契約債務者の責任制限規定について	232 頁
一	中間試案における提案の概要	232 頁
二	所 感	234 頁
終 章	結びに・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・	237 頁

序 章 はじめに

I 問題の所在

一 今日の契約責任論の展開と無償契約論

現代社会は資本主義を根底におく取引社会であり、そのような社会で一般的に見られ、実務上しばしば問題となる契約もそのほとんどが有償契約である。売買や賃貸借といった財産権の移転や利用に関わる契約類型はもとより、近年では資本主義の高度化に伴う産業構造の変化から、サービスの給付を主とする役務提供型の契約類型もその比重を増しつつある。

当事者が契約に基づいて負担した義務を履行しなかったことにより、相手方に損害が生じた場合、その損害の賠償など相手方の救済手段をめぐる問題となるのが 415 条を中心とする債務不履行責任・契約責任である。そしてこの契約不履行責任に関する民法学上の議論である契約責任論は、民法学史上目覚ましい理論的進展を見せている分野であると指摘されている⁽¹⁾。また、契約責任論ではその検討対象も多岐にわたり、たとえば、いわゆる三分体系の解釈論的確立までの議論と近年におけるその批判をめぐる要件論、損害賠償の範囲を定める 416 条の解釈に関わる効果論、415 条による債務不履行責任と 570 条に規定されている瑕疵担保責任との関係、さらには損害賠償法理という面で共通する不法行為責任との関係、そして履行請求権の本質や解除の要件効果をめぐる議論など、その対象は幅広い⁽²⁾。現在でもなお、債務不履行と帰責事由という帰責要件をめぐる、ドイツ法を参考とした債務・義務構造論に立脚した構成が理論的進展を見せる中で、それとは異なる観点から契約責任論を新たに再構成しようとする動向も見られ、議論は尽きない⁽³⁾。

現在における契約責任論をめぐる動向は以上のように端的に整理できるが、このように契約責任が論じられる場合に前提とされている契約類型は有償契約である。ただ、この議論がいわゆる債権総論と呼ばれる範疇に属する問題を対象としている以上、有償契約のみが対象とされる議論であると即断することはできない。すなわち、債権総則規定は債権各則規定に適用されるという構造形式上、債権総則規定の解釈の結果が、各則規定の一部をなす無償契約には適用されないとはいいいきれず、上述のような有償契約類型を前提とした契約責任論の成果も、無償契約において債務者が負うべき責任を考えるにあたっても当てはめることができることとなる。

しかし本当にそういえるのであろうか。有償契約と無償契約という 2 つの類型を比べたとき、無償契約に見られるいくつかの特徴として、有償契約と比較して契約の拘束力が弱いことや債務者の責任が制限される場面があることが一般に指摘される⁽⁴⁾。とりわけ、無償契

⁽¹⁾ 長坂純『契約責任の構造と射程』（勁草書房，2010）1 頁。

⁽²⁾ 長坂・前掲(1)2-3 頁。また、学説継受に関しては、北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（日本評論社，1968）34 頁以下を、415 条の要件論を中心とした史的整理に関しては潮見佳男「債務不履行・契約責任論史」水本浩＝平井一雄編『日本民法学史・各論』（信山社，1997）183 頁以下を参照。

⁽³⁾ 潮見佳男『債務不履行の救済法理』（信山社，2010）1 頁以下、長坂・前掲注(1)421 頁以下参照。

⁽⁴⁾ たとえば来栖三郎「契約法の歴史と解釈（一）（二）」安達三季生ほか編『来栖三郎著作集Ⅱ 契約法』（信山社，2004）32 頁以下、36 頁。

約における債務者の責任制限という特徴（551条1項，590条2項，596条，659条参照）からすれば，有償契約債務者と無償契約債務者とで負担すべき義務や，契約不履行の際に負う責任の内容などがそもそも異なることが推測され，そうであるとすれば，有償契約を前提とした今日までの契約責任論の理論的到達点をそのまま当てはめることが果たして可能なのかという疑問も生ずる。また，有償契約と無償契約とでは，単に対価の有無という差異にとどまらず，無償契約では債務者側にいわゆる好意といった主観的要素が存在することが多いことも一般に指摘され，そのような主観的要素の存在も無償契約の特徴であるとも考えられている。以上のような相違点に鑑みれば，当事者の負う義務の内容や契約責任構造，すなわち債務者が責任を負うための要件や，責任の効果そのものにも差異があると考えるのがむしろ自然ではないだろうか。そうであるとすれば，無償契約債務者の責任は，今日の契約責任論の理論的到達点からはいかに評価されるべきであるのか，とりわけ債務者の責任制限という無償契約の特徴は，無償契約債務者の契約責任にとってどのような意義を有するのかが問題となろう。さらに，責任の制限という特徴を有している無償契約における債務者の責任を考えることで，これまで民法学において展開されてきた有償契約を前提とした契約責任論をより明らかにすることができるとはいえないだろうか。無償契約における債務者の責任制限が，有償契約債務者の責任との対比における責任の制限であれば，無償契約債務者の責任制限を明らかにすることは，契約責任論一般の外縁を明確にすることにもつながるのではないだろうか。さらに，無償契約の債務者につき，その責任が制限されているということは一般的に指摘されているところであるものの，無償契約債務者といえども契約を締結した以上は合意内容に従って負う義務を正確に果たすべきであり，その不履行のために責任を負うべきであるといえる。その責任が制限されているとされる無償契約債務者であっても負うべき義務や責任を明らかにすることができれば，この義務や責任は有償契約および無償契約に共通する義務と責任とであるということとなり，いわば契約責任の本質を明らかにするための端緒ともなりえよう。

これに関して，有償契約と無償契約とを対比したときに債務者が負う義務や責任について生ずる差異という点に着目して，無償契約債務者の責任制限を論ずる先行研究は多くはない⁵⁾。本研究は，このように一般的に指摘されるところの無償契約における債務者のための責任制限という特徴に着目して無償契約債務者の責任論を検討することで，無償契約に

⁵⁾ ただし，無償契約の特質・特徴一般や，無償契約債務者の責任を制限する規定を検討の対象とする先行研究は少なからず見られ，本稿の問題意識もそれら先行研究に負うところが大きい。本稿の検討課題に直接関係するものとして，於保不二雄「無償契約の特質」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅰ（契約総論）』（有斐閣，1962）75頁以下，岡本詔治「無償契約という観念を今日論することには，どういう意義があるか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第五巻 契約の一般的課題』（日本評論社，1990）31頁以下，辻伸行「ドイツにおける無償行為者の損害賠償責任とその責任軽減—贈与者・使用貸主・無償受寄者の積極的債権侵害に基づく責任および不法行為責任を中心として—」獨協大学法学会編『獨協大学法学部創設25周年記念論文集』（第一法規出版，1992）161頁，鈴木恵「贈与契約における物の瑕疵をめぐる責任」好美清光先生古稀記念論文集刊行委員会編『好美清光先生古希記念論文集 現代契約法の展開』（経済法令研究会，2000）245頁，草野類「契約関係における義務構造の再構成に関する一視座—ドイツにおける「契約上の責任制限」問題を手がかりとして—」法学新報113巻7・8号（2007）1頁参照。

において法理としての債務者の責任制限を発見し、契約責任論をいわば陰の側から眺めることを目的とするものである。

ただし、取引社会が一層進展しつつある今日において、契約責任論の一端としてであれ無償契約を論ずることは、果たしてどれほどの意義を持つものかとの批判は免れない。とりわけ、無償契約が裁判実務においてほとんど問題となっていないことから、有償契約を検討する場合に比べて実務的意義ははるかに乏しいといわざるをえない。

しかし次のようにも考えられよう。たしかに民法は取引社会のための法であるが、市民社会のための基本法である以上、取引社会のみを前提とした法でないということも事実である。市民のための法が民法であるならば、広く生活関係における問題をその規律対象であるというべきであり、そこでは必ずしも有償契約ばかりが取引の形態として現れてくるのではない。友人間や親しい者の間柄、あるいは全く無関係の者に対しても、さまざまな動機から無償の給付が行われることは一般に見られることであり、また取引実務においても、実は取引の中で相手方のために無償の行為が行われることも希ならずあるといわれている。そうであるならば、市民生活にとっては無償契約も一定の意義を有するのであり、約束された無償行為が行われなかったというように、無償契約の不履行という事態も考えられる。そうであれば契約である以上は当事者に一定の義務が課され、そしてその義務違反から責任が生ずることとなり、この問題解決のためには無償契約債務者の契約責任論について検討することも必要となろう。このように、従来有償契約を前提として考察されてきた契約責任論を、いわば裏側から検討してみることも民法学にとっては必要と目されるのであり、現にこの必要性を指摘する意見も見られる⁶⁾。本稿はこのような観点からも、無償契約における義務構造論・契約責任論を一考することにも意義があると考えらる。

二 無償契約における責任制限規定をめぐる個々の問題点

それでは、民法典に規定されている無償契約類型において、無償契約の特徴を表しているといわれている責任制限を規定する条文は具体的にどのような意義を有するのであろうか。本研究では、無償契約債務者の責任制限規定を中心に考察することで、その法理を明らかにし、無償契約における契約責任論を論ずることとしたい。

日本民法典は、551条1項（贈与者の担保責任の制限）、590条2項（無利息消費貸借貸主の担保責任の制限）、596条（使用貸借貸主の担保責任の制限）、そして659条（無償受寄者の注意義務の軽減）において、それぞれ無償契約債務者のための責任制限規定を設けている。これら諸規定は、担保責任（目的物の瑕疵または権利の瑕疵または不存在）に関する前

⁶⁾ この点について、大村敦志「無償契約論の再検討―現代におけるその位置づけを中心に―」林信夫＝佐藤岩夫編『法の生成と民法の体系』（創文社、2006）55・56頁参照。もちろん、近代市民社会が資本主義社会を根底に置く社会であり、現行民法典の属する近代民法典が近代市民社会のための法である以上、民法は資本主義社会のための法＝商品交換・取引社会のための法であることに疑いはない。川村泰啓『商品交換法の体系Ⅰ』（勁草書房、1972）6頁以下参照。ただ、市民法という性格上、民法典は取引社会以外の市民社会のための法でもあることもまた、疑いないのではないだろうか。

三者と、債務者が義務履行にあたって用いるべき注意義務に関する後者とに分類することができる。成程たしかに無償契約においては有償契約に比して、債務者の注意義務や責任についていくつかの特徴があるということは条文上明らかであるといえる。しかし、これらの規定を一つとってみても問題がありそうな点をいくつか指摘できる。

（一）担保責任制限の根拠について

契約を有償と無償という対比で考えるとき、無償とは対価のないことを意味するだろう。これに従って担保責任の問題を考察すると、無償契約において担保責任が制限されていることも簡単に推測できる。すなわち、対価的牽連性維持、有償性の原理に基づく特別な責任が売買など有償契約において問題となる担保責任であるならば、対価の存在しない贈与など無償契約では、そのような対価的牽連性維持のための責任を課す必要がないといえよう⁷⁾。これはまさに、無償契約が有償契約ではないということから導かれる結論である。

しかし、これはあくまで有償契約における担保責任を対価的均衡維持のための特別な法定無過失責任として理解し、さらに 551 条 1 項などで問題となる担保責任も同質のものであるとして捉えるならば、である。近年では、有償契約において問題とされる担保責任は、対価的均衡維持のための特別な責任ではなく、債務者の負う給付義務の一部に過ぎない、すなわち瑕疵なき物の給付義務の現れに過ぎないとする見解も有力になりつつある。ここで、贈与契約においても贈与者は瑕疵なき物の給付義務を負うのであるとすれば、この義務と 551 条 1 項による目的物の瑕疵等に基づく責任の制限とはどのような関係にあるのであろうか。551 条 1 項によって、贈与者は瑕疵なき物の給付義務そのものを免れていることとなるのであろうか。それとも、551 条 1 項の意義は、目的物の瑕疵について、贈与者が悪意であるならば債務不履行責任を負うという趣旨なのであろうか。このように、551 条 1 項をめぐっては担保責任の免除という問題に関連して、あるいはそれを超えて、無償契約債務者も瑕疵なき目的物を給付する義務を負うか、という問題がさらに生ずる。その限りでは、415 条と 570 条との関係が問題となるように、415 条と 551 条 1 項などとの関係も問題とならざるをえないといえる。そこでは、そもそもなぜ贈与者や使用貸借貸主は、目的物の瑕疵に対して責任を負わないとされるべきなのかという責任制限の根拠が問題となる。

（二）制限の射程について

次に 551 条 1 項などによって原則として制限される担保責任の内容について考えてみる。第一に損害賠償である。贈与者が契約に従って引渡した目的物に瑕疵があった場合、受贈者にはさまざまな損害が生ずると考えられる。たとえば、車を譲ってもらえることとなったので自宅にガレージ等を建設したにもかかわらず、目的物の瑕疵のために車が作動せず結局

⁷⁾ 売主の瑕疵担保責任論は、周知の如く古くから民法学説上大きな争点となっている問題である。本稿で贈与者や使用貸借貸主の担保責任を論ずるにあたっては、やはり有償契約における瑕疵担保責任の性質論を欠かすことはできないが、本稿の問題意識があくまで無償契約債務者の責任論であることから、直接にはこの問題を扱わないこととする。

車のために設けた設備等が無駄となってしまった場合や、100万円の価値がある絵画を譲ってもらえると信じていたのに、その絵画が瑕疵のために10万円にも満たない価値しか有していなかった場合、あるいはこのときに転売を計画していたが、絵画の瑕疵のため予想していた利益よりも大幅な減益となった場合、さらには、贈与された自動車のブレーキに瑕疵があり、事故によって相当の負傷を負ったなど、目的物に瑕疵があったために、受贈者の既存の法益である身体やその他の財産に損害が拡大的に生ずるといいうわゆる瑕疵結果損害や拡大損害が生ずることも十分に考えられる。

こうした損害が生じた場合、贈与者が「瑕疵について知りながら告げない場合でない」＝瑕疵について善意である（551条1項）ならば、贈与者は上記のような各損害のうち、その賠償を免れてよいのはいったいどの損害なのであろうか。

第二に履行請求権について。契約責任論では、給付された目的物に瑕疵があった場合、いわゆる完全な目的物を求めるための履行請求権が、追完請求権などといったかたちで問題とされている。無償で目的物を引渡す贈与者も、目的物に瑕疵があった場合には完全な履行のための義務、瑕疵の除去や追完などを求められうるのであろうか。551条1項によって権利の不存在や瑕疵のための責任が制限されている以上は、目的物にそうした欠陥があった場合にも、追完や修補などの義務を負わないのではないかと推測できる。しかし、贈与の目的物が種類物であり、瑕疵ある目的物と同種同等の瑕疵なき種類物を贈与者がすでに所有していた場合などはどうであろうか。551条1項の問題にとどまらず、無償契約債務者の負う責任一般にとって論点たりうるであろう^⑧。

（三）無償委任と無償寄託との差異について

委任契約と寄託契約は、どちらも他人のために役務・労務を提供する種類の契約であり、どちらも対価のある場合とない場合、有償類型と無償類型とを認めている。しかし、寄託契約では無償寄託の受寄者の注意義務を軽減するという規定がある一方で、委任契約では契約が無償であろうとも有償の場合と変わらない注意義務を要求されている（644条）。さらにいえば、規定上委任契約は原則を無償としている。なぜ同様に役務を提供するという種類の無償契約であっても、委任と寄託とで、債務者の負うべき義務について異なった規定を設けているのであろうか。あるいは委任のように、無償契約の債務者であっても本来は有償契約の債務者と変わらない義務や責任を負うべきであり、贈与契約や寄託契約など責任制限

^⑧ なお、債務不履行に対する救済手段としては契約の解除も問題となる。しかし、民法典上契約の解除は双務契約における問題として規定されていることから、反対給付の存在しない贈与をはじめとする片務無償契約ではそれほど問題とされてはいない。ただし、契約からの離脱という解除の機能に着目するのであれば、無償契約の債権者に解除権を認めてよい場面も考えられる（たとえば、目的物がその瑕疵のために無用のものとなったため、契約を解除することで相手方に目的物を引取ってもらうという場合）。それでも、債権者が債務者としての地位において反対給付を義務づけられない片務無償契約では、契約の解除の意義や効果を論ずる価値は乏しいと思われ、本稿では取り立てて扱わないこととする。なお、現在法制審議会において進行中の民法改正作業では、無償契約においても債権者に契約の解除権を認めることが前提とされているようである。商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、2013）436頁以下。

が規定されるような無償契約類型がむしろ特別な例外を表しているのであろうか。

(四) 外国法規定との共通点・相違点

また、このように一定の無償契約類型において債務者の責任や注意義務を制限するための規定を設けている立法例は、日本民法に限られない。ドイツ民法典 (BGB) やフランス民法典 (C.C.) においても、無償契約規定の中に債務者のための責任制限規定を設けているものがある。

たとえばドイツでは、贈与 (BGB521 条～524 条)、使用貸借 (BGB599 条および 600 条)、そして無償寄託 (BGB690 条) においてそれぞれ債務者の責任や義務を制限する趣旨の規定を置いている。フランスでは、使用貸借および消費貸借 (C.C.1891 条および 1898 条)、無償寄託 (C.C.1927 条)、そして無償委任 (C.C.1992 条 2 項) において無償契約債務者の責任や義務が制限されている。このように、日本のみならず諸外国の法典においても、無償契約の特徴の一つとして債務者の責任が制限されていることを指摘できるのである。

しかしこれら各立法例における無償契約債務者の責任制限規定を比較していくと、一定の無償契約類型では債務者の責任を制限する趣旨の規定が置かれているという点では共通するものの、相違点も見受けられる。まず BGB では、贈与者や使用貸借貸主について担保責任が原則制限されていること (BGB523 条および 524 条)、無償受寄者に要求される注意義務が債務者一般に通常要求される注意義務よりも軽減されていること (BGB690 条) は日仏の規定と共通するが、贈与者と使用貸借貸主の責任一般を、故意または重大な過失という帰責事由がない限り発生しないものとする規定が置かれている点で特徴的である (BGB521 条および 599 条)⁹⁾。一方で C.C.では、使用貸借貸主 (および消費貸借貸主) の担保責任が制限されていること、無償受寄者の注意義務が軽減されていることは日独と共通するが、委任契約において、委任が有償の場合と無償の場合とを区別して、それぞれの場合でフォートの判断に差異を設けるという配慮を行っている (C.C.1992 条 2 項)。

このように、どの無償契約類型においてどの程度の責任の制限を規定しているかについては、各国においてさまざまであるといえることができる。また、無償契約において債務者の責任に何らかの優遇措置を設けるという考え方は、近代法典に始まったことではない。古くはローマ法にもその徴証を見て取ることができる。そして同様に、ローマ法がいわゆる普通法として用いられていたドイツ普通法時代においても、そのような考え方があったということがうかがえるのである。

II 本研究の意義

以上のような問題点に鑑みると、無償契約において債務者の責任が軽減されていることは無償契約という類型の一つの特徴として指摘され、また確認できるところであるが、単純

⁹⁾ なお、BGB522 条では贈与者に遅延利息の支払い義務がないことを定めている。また BGB では、無利息消費貸借において担保責任を制限する趣旨の規定はない。

にその責任制限の根拠を、契約の無償性＝対価の不存在という点のみに求めてよいかは疑問が生ずることとなる。特に、委任契約においては無償委任を原則としながらも、無償寄託の場合とは異なって受任者の注意義務を軽減する規定が設けられていない以上、無償契約債務者の責任構造を論ずるに当たっては、この点に留意せざるをえない。果たして、無償契約において債務者の責任や注意義務が有償契約の債務者よりも制限される場面が認められているのは、どのような根拠によるものであろうか。

無償契約債務者の責任に関する本研究を通じて明らかにされることは、まず第一に、無償契約債務者が責任制限という措置を受ける根拠である。有償契約と無償契約との違いは対価の有無にあることに間違いはないが、無償契約債務者の責任制限の根拠も対価の不存在にあるとすれば、責任制限の本質や射程も対価の不存在という特徴の影響を受けてくることであろう⁽¹⁰⁾。しかし、無償契約という類型は、単に対価がないというに留まらない特徴を有していることもまた確かである。

有償契約と無償契約における債務者の責任構造について、どちらの類型でも基本的に同質の構造が認められ、ただし無償契約では対価の不存在という特徴から一定場面での責任制限という効果が生ずるのか、あるいはそもそも有償契約と無償契約とでは、債務者の負う債務が一見して同種であっても（目的物の引渡しや貸与など）、その義務の内容や義務違反の場合に問題となる帰責構造・責任構造自体に差異が認められるのか、といった問題点を明らかにすることで、従来必ずしも十分に明らかにされてはこなかった無償契約債務者の責任論について、一石を投ずることができよう。

第二に、現代社会が経済取引社会であるという点を考慮すると、無償契約という類型が持つ実務的重要性は有償契約のそれと比較してはるかに劣るといわざるをえないのは勿論のことである。しかし、場合によってはある取引が実は無償契約であるとして分類されることもないではないであろうし、そうなれば無償契約規定が適用され、準用され、あるいは類推適用されるという場合もありうる。そのような場合には本稿のような無償契約債務者の責任についての考察が資することとなろう。また、現代における契約責任論や義務論の展開を見るに、こうした観点から一度無償契約における債務者の責任という点に着目した検討を行うことも、決して意義のないものとはいえないであろう。

第三に、本研究では特にドイツにおける無償契約債務者の責任制限の発展過程を明らかにし、かつ現在のドイツ民法およびフランス民法の判例学説において無償契約債務者の責任論がどのように展開されているのかを整理検討して比較法的検討のための素材とすることを目的としている。無償契約において、債務者の責任を制限するべきという考え方は、古

⁽¹⁰⁾ 無償契約を題材とした先行研究は枚挙に暇がないといえるが、多くは有償契約と無償契約との対比で無償契約の特質を明らかにしようとするものである。そこでは、単に対価がないという以上の無償契約の類型の特質が存在することについてしばしば言及されている。来栖・前掲注(4)のほか、広中俊雄「有償契約と無償契約」同『契約法の理論と解釈』（創文社、1992）4頁以下、山中康雄「双務契約・片務契約と有償契約・無償契約」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅰ（契約総論）』（有斐閣、1962）58頁以下、於保・前掲注(5)75頁以下、岡本・前掲注(5)31頁以下、大村・前掲注(6)33頁以下など参照。

くはローマ法においても見られたものの、現代法においてその考え方は一見して表れてこない。そこで、無償契約に関してドイツにおける法発展過程を探究することにより、無償契約債務者の責任に関する歴史を明らかにすることができる。また、現代における独仏無償契約債務者の責任論を比較検討してみることは、同法を主に参考としてできたわが民法の無償契約債務者の責任制限規定を解釈するにあたっても有益であろう。

第四に有償契約における債務者の義務構造・責任構造との比較において無償契約における債務者の義務構造・責任構造の特徴を明らかにすることで、法理としての責任制限法理を明確にすることである。無償契約債務者は、無償契約の有する類型的特点からどのような義務を負い、責任を果たすべきであろうか、そしてそれはどの程度、どのように有償契約債務者が負うべきそれと異なっているのであろうか。この点を明確にすることができなければ、無償契約における責任制限の本質も明らかにできないであろう。

これらの諸目的を達成するため、本稿では、以下のような順に沿って無償契約債務者の責任に関する検討を行っていくこととする。まず、ドイツにおける無償契約債務者の責任に関する法の展開過程を整理することとし、ローマ法の状況を概観したうえでドイツ後期普通法時代を中心に、同時代における地方特別立法例や民法典制定に向けた各種法典草案、後期普通法学説を整理する（第1章）。次いで、そこで見いだされた考え方が、どのようにしてBGBの各規定へと結晶化していったのかを確認する（第2章）。このような歴史的な展開過程を踏まえたうえで、独仏において現在無償契約における債務者の責任に関わる規定を巡ってはどのような議論が判例および学説によって展開されているかを分析することで、日本法解釈への一視座とする（第3章および第4章）。そしてわが民法において、無償契約の債務者の責任義務に関する旧民法規定から立法過程を含めた小史を概観したうえで、無償契約の責任論に関して、現在の学説ではどのような考え方が展開されているのかを整理し（第5章）、最後に以上から得られた見地に基づいて、わが民法に存在する無償契約債務者のための責任制限規定・法理について私見を展開したい（第6章）。

第1章 ドイツ普通法時代にみる無償契約債務者の責任制限法理の歴史的展開

I はじめに

本章では、ドイツ普通法時代の地方特別法やいわゆる普通法学説において、無償契約債務者の責任制限規定や法理がどのように展開されていたかを整理検討する。贈与、使用貸借、そして無償寄託という無償契約類型において、現在のドイツ民法典（以下 BGB）は債務者の責任や注意義務を軽減するという規定を設けている。このような規定は、BGB の起草によってはじめて設けられたものではなく、ドイツ普通法時代の学説や諸立法例にも見られるところであり、また古くはローマ法にもその発端をみることができる。そこで、日本民法における無償契約債務者の責任制限法理を研究するために示唆たりうる現在のドイツ法における議論状況を整理検討するに先んじて、ドイツにおいて歴史上、無償契約債務者の責任や義務を制限すべきとの考え方がいかにして生じ、どのような過程を経て BGB の規定へと結実していったのかをみておくことが有益と思われる。よって以下では、差し当たってローマ契約法における債務者への帰責ルールを概観したのちに、いわゆるドイツ後期普通法学説や BGB 成立以前に見られた各種地方特別立法例などを整理検討する。

II ローマ契約法概観

ローマ契約法においては、債務者がいかなる基準によって責任を負うのかにつき、「利益原理」と呼ばれる帰責基準決定のための原則が存在しており、同原則に従って債務者が責任を負うべき要件が段階づけられていた。この原則は、契約の有償無償と深く結びついているものであった。以下では、現代でも典型的契約類型として存在している使用貸借、寄託、委任、そして贈与といった類型に着目し、ローマ契約法ではこの利益原理が各契約類型における債務者の責任を判断するに当たり、どのような根拠からいかなる機能を果たしていたのかにつき整理する。

一 利益原理について⁽¹⁾

それぞれの無償契約類型における利益原理の作用と機能とを整理する前に、利益原理そのものに関して若干ふれておきたい。利益原理（*Utilitätsprinzip, principle of utility*）とは、簡単にいえば当該契約から利益を得ている者が誰であるのかという事実を通じて各当事者が責任を負うべき基準を決定するという法理である⁽²⁾。すなわち、まず①当該契約から

⁽¹⁾ 利益原理一般に関しては、Bernhard Kübler, Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip, ZSS 38, 1917, S. 73 ff.; ders., Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen, ZSS 39, 1918, 172 ff.; ders., Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht, in: Festgabe für Otto Gierke, Bd. 2, 1969, S. 235 ff.; Dietrich Nörr, Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht, ZSS 73, 1956, 68 ff.を参照。また、石本雅男『無過失損害賠償責任原因論〔第一巻〕』（法律文化社、1983）339頁以下も参照。

⁽²⁾ 原田慶吉『ローマ法〔改訂〕オンデマンド版』（有斐閣、2001〔初出 1949〕）166頁、瀧澤栄治訳＝ゲオルグ・クリンゲンベルク『ローマ債権法講義』（大学教育出版、2001）93-94頁、Peter Apathy / Georg Klingenberg / Herwig Stiegler, Einführung in das römische Recht, 2. Aufl., 1998, S. 193, Max

両契約当事者双方が利益を得る場合と（双務有償契約）、②一方当事者のみが利益を得る場合とが区別される（片務無償契約）。そして①の場合、両当事者の責任判断の際に要求される有責性の程度はどちらの当事者についても同一の基準（悪意と過失）が用いられるが、②の場合、利益を受ける当事者の責任基準は厳格にされ、そうでない当事者＝利益を得ない当事者の責任基準は緩和された⁽³⁾。

ローマ契約法において、当事者の得る利益に従って責任を負うための基準が区分されていた理由について、石本雅男博士は次のように述べられる⁽⁴⁾。すなわち、古典期ローマにおける責任の各段階づけ、すなわち過失責任グループと保管責任グループ、そして悪意責任グループとは、統一的な責任体系とされていたが、これを統一させていたのが「利益の帰属」であるとされる。そしてこのように当事者の得る利益（博士は現実の利益そのものではなく、いわば客観的な債務関係に内在する構成上の当事者の地位ともいうべき要素とされる）に従って責任区分が把握された理由を、公平の思想に求められている⁽⁵⁾。

以上のように、ローマ契約法においてはその法発展過程において、責任の軽重を区別するために公平という理念に由来する利益原理が用いられていたことが分かる。以下では、とくに現代法典にも受け継がれ、無償契約として類型化されている各契約に着目し、利益原理の

Kaser / Rolf Knütel, *Römisches Privatrecht*, 19. Aufl., 2008, S. 198 Rn. 20（なお、邦語訳として柴田光蔵訳＝マックス・カーザー『ローマ私法概説』（創文社、1979）があるが、こちらは第10版に対応する）参照。

⁽³⁾ 周知の如く、ローマ法の責任体系においては、帰責基準に関して現代に見られるような故意または過失（あるいは重大な過失）といった基準よりも細分化された区別を有していたとされる。すなわち、古典期においては悪意責任、過失責任、保管責任といった区分の存在が指摘されている。こうした責任の区分は契約類型によって定まるとされるが、そこで区別づけのために用いられた基準が利益原理である。当該契約から利益のみを享受する当事者の責任は重く、そして利益を享受しない当事者の責任は軽くすべきと考えられた。詳しくは後述するが、たとえば寄託契約（ローマ契約法では原則形態を無償とする）において、受寄者は同契約から利益を得ないので、悪意 *dolus* についてのみ責任を負うとされた。一方で使用貸借契約において、借主は当該契約からただ利益のみを得るので、最も厳格な保管責任 *custodia* を負うべきとされる。そして古典後期においては利益原理がさらに練り上げられ、悪意責任と悪意・過失責任とが区別され、ユ帝法においては、より軽い責任（たとえば悪意および重大な過失のための責任）とより重い責任（たとえば保管責任）が区別されたという。柴田光蔵『ローマ法概説』（玄文社、1980）275頁、瀧澤＝クリンゲンベルク・前掲注(2)90-92頁、94-95頁、*Apathy / Klingenberg / Stiegler*, a. a. O. (Fn. 2), S. 192 f., *Kaser / Knütel*, a. a. O. (Fn. 2), S. 196 Rn. 13 ff.。なお、こうした責任区分については「…訴訟理論を理解しないビザンチン法学者はこれを整理し、段階化し、道義的主観的因子に重きを置いて、…ユ帝法、普通法的責任理論を組み立てたと考えられる」とされる（原田・前掲注(2)164頁）。保管責任については、*Kaser / Knütel*, a. a. O. (Fn. 2), S. 200 Fn. 24（柴田＝カーザー前掲注(2)296-299頁）も参照されたい。

⁽⁴⁾ 石本・前掲注(1)350頁以下。

⁽⁵⁾ 石本・前掲注(1)351頁。石本博士は、「…古法以来責任原因はもともと広い意味における *culpa* であった。このような意味においては *culpa* は *dolus* も *custodia* お^(ママ) も内含する。だが思考がこの段階にとどまる限り責任の程度の段階は把握できないし、また把握する機縁もない。だが公平の思想が支配する限り、責任が実質的に唯一様であってよいとはいつの世にも到底考えられなかった。同一内容の責任であっても、帰責原因すなわちいかなる場合に帰責されるかという構成要件の差異、または同一の構成要件のもとでも責任内容の量の差ということが承認される余地があるべきだというのはあらゆる時代の公平の実現をめざす法の要求である」とされる。なお博士は、今日の近代的債務関係においては、ローマ法にいわゆる利益の帰属をあてはめても、必ずしも承認されるわけではないと指摘される（同・前掲注(1)352頁）。なお、石本博士によるこの記述は、「公平さ」という観点から無償契約債務者の責任を判断するにあたっては、有償契約と帰責のための基準を区別すべきのみならず、「責任の量」という点でも区別が要請され、これがいかなる時代にも存在する法の要求であるとされている点に注目できる。

機能態様を整理したい。

二 使用貸借 commodatum

使用貸借 *commodatum* は、貸主がある物を無償で相手方（借主）に利用させ、のちに借主より返還を受ける契約である⁽⁶⁾。ローマ法では、各当事者に使用貸借に基づく訴権が与えられる。貸主には使用貸借直接訴権として物の返還や損害賠償請求訴権が与えられ、借主には費用償還や、物により生じた損害について貸主に賠償を求めるための訴権が与えられる。使用貸借では貸主のみが財産の貸与という出捐を一方的に行う＝借主のみが物の利用という利益を享受するため、利益原理に従って各当事者が責任を負う基準が区別されることとなる。すなわち、契約からただ利益を得る借主は重い責任（保管責任）を負い、契約から利益を得ない貸主は軽い責任（悪意責任）のみを負ったとされる⁽⁷⁾。

借主は、上記のように、貸借目的物から損害が生じた場合に貸主に賠償を求めるための訴権を有していたのであるが、賠償が認められるためには、利益原理に従って損害の生じた原因である瑕疵について貸主が悪意である必要があるとされた。この例として、ディゲスタでは、ある容器が貸借されたがそれに瑕疵があり、中に入れたワインあるいは油がだめになり、またはこぼれるという事例、家屋の一区画を支えるために貸借された木材が腐敗していたために損害が生じたという事例が挙げられている⁽⁸⁾。そこで挙げられる例において、借主による反対訴権が認められるためには、貸主が当該瑕疵について悪意であることが要求されている。これについて Zimmermann は以下のように述べる。すなわち、「…契約に利益を有し、そして契約から利益を得ていたのは借主であって貸主ではないので、貸主に厳格かつ広範囲の責任を要求することは合理的なことではなかったのであろう。したがって、貸主に要求される注意の基準は借主のそれとは反対の関係にあった。つまりもっぱら利益原理に従っていた。故意の要求は、その他の法文、たとえば Paul. D. 13, 6, 22 においてもまた強調される⁽⁹⁾。その例では、ある奴隷が貸借というかたちで引渡され、そしてその後借主か

⁽⁶⁾ 瀧澤＝クリンゲンベルク・前掲注(2)178 頁以下、Apathy / Klingenberg / Stiegler, a. a. O. (Fn. 2), S. 113, Kaser / Knütel, a. a. O. (Fn. 2), S. 215 Rn. 10 ff. (柴田＝カーザー前掲注(2)320-321 頁) 参照。なおローマ法における使用貸借の社会的機能およびその展開に関しては、岡本詔治『不動産無償利用権の理論と裁判』(信山社, 2001) 21-24 頁参照。

⁽⁷⁾ ただし保管責任が存在していたのは古典期のみで、それ以降（とくにユ帝法）では過失理論に引き入れられ「保管における過失」の有無で責任が定められたとされる（原田・前掲注(2)164-165 頁）。

⁽⁸⁾ それぞれ Paul. D. 13, 6, 17, 3; Gai. eod. 18, 3 である。Paul. D. 13, 6, 17, 3: 「…借家を支えるために君が建築用材を使用貸与し、次いでこれを君が引き出したとき、或は更に建築用材に瑕疵あることを知って君が使用貸与したときも規範は同一である。勿論我々は便益によって助けられるべきであり、欺かれるべきではないからである。…」(江南義之『学説彙纂』の日本語への翻訳(1)) (信山社, 1992) 224 頁。Gai. D. 13, 6, 18, 3: 「同様に容器が瑕疵あることを知ってこれを使用貸与した者は、その容器に注入されたブドウ酒或は油が腐敗したり流出したときには、この名義で有責判決されるべきである」(江南・前掲 225 頁)。

⁽⁹⁾ Paul. D. 13, 6, 22: 「私が君に使用貸与した奴隷が盗を犯したときには、(君が奴隷の看護に対して何かを支出したときに、これが成立するように) 反使用貸借訴権で十分なのか、それとも窃盗訴訟が訴えられるべきであるのか問われる。無論使用貸借を懇願した者が盗に基づく加害者委付訴訟を持つことは疑いない。しかしながら奴隷がそのような者であることを知りながらその者が不知な者に使用貸与した際には、その者は反使用貸借訴訟によって拘束される」(江南・前掲注(8)227 頁)。

ら何かあるものを盗んだ。もちろん、奴隷の所有者は過失のための責任を負う。奴隷所有者は窃盗訴権のもとで支払われるべきものを支払うか、あるいは奴隷を引渡すことができよう。しかし、これに加えて借主は、貸主に対して契約に基づく訴権を有したであろうか。それは貸主がこの特定の奴隷に窃盗癖があることを知っていた場合にのみ肯定される」⁽¹⁰⁾。以上から、使用貸借の貸主は、目的物の瑕疵（奴隷の盗癖）を知っていながらこれを貸与することによって借主に損害を与えたのではない限り責任を負わないと考えられていたようである。

三 寄託 depositum

寄託 depositum は、受寄者が目的物を無償で保管するという合意のもと、寄託者が物を引渡すことによって成立する⁽¹¹⁾。現在では、日本民法をはじめとして一般に有償寄託が認められているが、古典期ローマ法では寄託は無償でなければならず、物を保管することに対して対価を支払うという合意がある場合には、その契約は賃約 locatio conductio であると判断された。ユ帝法においては、有償の合意があり、当事者が寄託の意思を有する場合は、受寄者の責任が増大するほかは寄託に関する法律が適用されたとされる⁽¹²⁾。受寄者は目的物の返還義務を負い、返還の不能などによって寄託者に損害が生じた場合に賠償を義務づけられた⁽¹³⁾。このとき受寄者が責任を負うためには、利益原理に従い、契約の無償性のため

⁽¹⁰⁾ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligation*, 1992, at 202. また、悪意のほかに重大な過失がある場合も次第に訴権を認めるようになったと指摘されているが、これは重大な過失が悪意に等しいと考えられるようになったためと思われる（Ulp. D. 11, 6, 1, 1:「…重過失は明らかに悪意に比肩される。…」」（江南・前掲注(8)104頁）。なお Zimmermann は、このことが原因で貸主の責任について使用貸借における責任制限と不法行為訴権との競合問題が生ずるようになったと指摘し、この競合問題について以下のように述べている。「その後の時代では、貸主の責任は重大な過失へと拡大される傾向にあったが、しかしそれとは別に貸主の地位は現代法においても変わらなかった。貸主が故意に瑕疵ある目的物を引渡し、そのために損害が生じた場合、借主は通常、契約に基づく訴権のみならず不法行為に基づく訴権をも有する。しかしながら不法行為（アクイリア法）に基づく訴権は、悪意に限定されるのではなく過失ある貸主に対しても存在する。したがって、この場合に不法行為に基づく救済を認めることが、貸主の特権化された地位を重大に侵食し、そしてその契約責任におけるいかなる制限も、多かれ少なかれ意味のないものにしてしまうということは明白である。そのためこのような場面において要求される契約上の注意の程度は、不法行為に基づく訴権に対してもまた適用されるべきであると主張できよう。しかしまた一方では、契約によって禁じられていない事柄であれば、不法行為法の下でも許容されると一般に仮定することは本当に認められるのであろうか。不法行為法は、ある特定の（契約）関係が個々の事例において存在するかどうかに関わりなく、遵守されなければならない一般的義務を行為者に課しているとも考えられる。ローマの法律家がこのどちらの見解を採用していたのかは確定しえない」という（*Id.* at. 202-203）。Zimmermann の考察によれば、ローマ契約法において契約責任と不法行為責任とが競合し、契約法規範によって契約責任の制限が生じる場合、この責任制限が不法行為責任にも適用されるかどうかにつき問題となる余地が生じたということになるが、この問題が実際に生じていたかどうか、さらには具体的にはどのような解決方向性が見出されていたのかは明らかでない。なお、無償契約債務者の責任が制限される場合、その責任制限が不法行為責任にも適用されるかどうかについて、現在のドイツ法では一つの論点とされている。これについては第3章参照。

⁽¹¹⁾ 瀧澤＝クリンゲンベルク・前掲注(2)173頁以下、Apathy/Klingenberg/Stiegler, a. a. O. (Fn. 2), S. 114, Kaser/Knütel, a. a. O. (Fn. 2), S. 216-217（柴田＝カーザー前掲注(2)321-323頁）参照。

⁽¹²⁾ 原田・前掲注(2)180頁。

⁽¹³⁾ 責任の分化史に関わることであるが、受寄者の責任（目的物を返還しないこと）は当初十二表法上は不法行為責任として理解されていたという。その後、法務官法および市民法上、一定の方式的要件の下、契約上の責任としての返還義務違反が認められるに至ったとされる。柴田・前掲注(3)277頁、瀧澤＝クリ

に利益を得ない当事者である受寄者が、損害の原因につき悪意である必要があったが、後にこの要件は重大な過失のある場合にも拡大されたとされる⁽¹⁴⁾。これについて、たとえば Gai. D. 44, 7, 1, 5 は、「…しかしその者は更にもし懈怠で保管物を喪失したとしても、安全である。蓋し自己のためにはではなく、却ってこの者由り受領した者のために受領したので、或るものを悪意で焼失した唯その点に於いてのみ拘束されるからである。逆に、懈怠の友人に保管物を委ねた者は、自己について嘆かなければならない故に、懈怠の名義で拘束されない。にも拘らず、大きな懈怠は悪意の罪に落ちると定められた」とする⁽¹⁵⁾。

以上のように、寄託における債務者としての受寄者の帰責基準は、利益原理に従い当初は悪意（そして後には重過失も）が基準とされたが、その後、いわゆる自己の物に対するのと同じの注意 *diligentia quam in suis* という基準の下、これに違反した場合に問題となる資格づけられた過失 *qualifizierte culpa* の下でも責任を負うとされた。これについては、Cels. D. 16, 3, 32 をめぐる古典期の議論が発端とされている⁽¹⁶⁾。それによれば、「ネルヴァがより重大な過失は悪意であると云ったことはプロクルスの気に入らなかったが、私にはきわめて正しいと思われる。何故ならたとえ或者が人間の本質の要求する程注意深くなくても、それにも拘らず寄託において自己の物にするのと同じような配慮を払うのでなければ、違法がないわけではないからである。自己の物に注意義務を履行するよりも僅かしかその物に注意を払わなければ、信義が害されるからである」という⁽¹⁷⁾。また、*Kaser = Knütel* はこれを適切であるとしたうえで以下のように述べる。「…すなわち、これは受寄者が寄託物について自己の物を扱う場合よりも不注意に扱ったという場合である。というのも、寄託者はその受寄者について、この受寄者が彼自身の物を扱うように自身の物をも扱うであろうことを考慮して選択したからである。たとえ受寄者がそれほど注意深く自己の物を扱ってはいないとしても、受寄者が寄託物に関して少なくともこの比較的乏しい注意を用いるということが寄託者にとって認識されていたことは明らかである。受寄者がこれを果たさない場合、これは非常に、きわめていい加減なことであり、そしてそのために信義に反することでもある」⁽¹⁸⁾。このことから、受寄者が自己の物に対するよりも寄託物を不注意に扱う場合、受寄者は善意に反して（＝悪意で *dolus molo*）行為しているとされる⁽¹⁹⁾。そして、こ

ンゲンベルク・前掲注(2)174-175 頁, *Kaser / Knütel*, a. a. O. (Fn. 2), S. 216 Rn. 14, 16 (柴田＝カーザー前掲注(2)321-322 頁)。

⁽¹⁴⁾ 柴田・前掲注(3)277 頁, 原田・前掲注(2)180 頁, 瀧澤＝クリンゲンベルク・前掲注(2)174 頁, *Apathy / Klingenberg / Stiegler*, a. a. O. (Fn. 2), S. 114, *Kaser / Knütel*, a. a. O. (Fn. 2), S. 216 Rn. 17 (柴田＝カーザー前掲注(2)322 頁)。

⁽¹⁵⁾ 江南義之『『学説彙纂』の日本語への翻訳Ⅱ』（信山社、1994）513 頁。悪意と重大な過失との同視に関しては、Ulp. D. 17, 1, 29:「…保証人は悪意によって振舞うと見られる（軽率な不注意は悪意に近いからである）。…」(江南・前掲注(8)386 頁), および Ulp. D. 11, 6, 1, 1 (前掲注(10)参照)。

⁽¹⁶⁾ 江南・前掲注(8)364-365 頁。なお, *Hans-Joachim Hoffmann*, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte*, 1968, S. 17 も参照。

⁽¹⁷⁾ また, *Zimmermann*, *supra* note 12, at 210, *Kaser / Knütel*, a. a. O. (Fn. 2), S. 198 Rn. 21, S. 216 Rn. 17 (柴田＝カーザー前掲注(2)298-299 頁, 322 頁) も参照。

⁽¹⁸⁾ Vgl., *Kaser / Knütel*, a. a. O. (Fn. 2), S. 198 Rn. 21.

⁽¹⁹⁾ *Zimmermann*, *supra* note 10, at 211.

れに対する *Gaius* の見解について Zimmermann は以下のように述べている。すなわち、
「*Gaius* はこの考えを採用しなかったが、しかし過失のための責任を除外したことは明確である。これに関して、*Gaius* はある興味深い理由を提示した。…もし君が君の財産を友人に寄託する場合、君は彼をそのままに扱う必要がある。もし友人が不注意な者でありそして然るべくして君の財産を損失する場合、君はそれほどまでに無思慮な人物を信頼していたことに関して自らを責めなければならない。君はもっと用心深く選択すべきであった。*Gaius* は、受寄者の悪意責任を正当化するためにこの主張を用いた」⁽²⁰⁾。先の *Gai. D.* 44, 7, 1, 5 を見るに、*Gaius* によれば、無償契約の債務者である受寄者の責任が制限される理由について、受寄者が利益を得ないことや無償行為に見られる寛大さという要素が指摘されるのではなく、注意をそれほど用いない（＝注意不足から寄託物に対して損害を生じさせ得る可能性の高い）受寄者を信頼してしまった寄託者の落ち度を重視し、そのために反射的に受寄者に対して責任を問えないという点が責任制限の理由として考えられているようである。

自己の物に対するのと同じの注意という基準は、現代では善良なる管理者の注意義務に比してより軽減された程度の注意義務であるという認識が一般的であるが⁽²¹⁾、ローマ契約法上は、自己の物に関するのと同じの注意が適用される場合、責任の加重と責任の軽減という 2 つの側面を有していたとされる。すなわち、Zimmermann によれば、「もし債務者が自らの財産に対して用いるのが通常であったのと同じの注意を用いなかった場合、このことが適切かつ誠実な行為と一致しているとはほぼみなさないだろう。それゆえその受寄者は、事実適切でない行為をしたかどうか、あるいは受寄者の作為あるいは不作為が一般に重大な過失として資格づけられたかどうかに関わりなく、責任あるものとされた。他方で、（ひとたび過失責任が契約関係において確立され始めるとより重要になったのであるが）自己の物に対するのと同じの注意は責任の軽減をも意味するという事実が存在した。すなわち、債務者が一般に注意深い者でないならば、彼自身の財産ではなく他者の財産が問題となる場合に、どのようにして彼が最大限まで注意を高めることを期待しうるだろうか。結局、債権者は自ら債務者を選択するのであって、このときもしふまじめな者を選択したならば、い

⁽²⁰⁾ *Ibid.*

⁽²¹⁾ たとえば、我妻栄『債権各論 中巻二』（有斐閣、1962）714 頁参照。少なくとも我妻博士は、善良なる管理者の注意義務に違反＝過失、自己の物に対するのと同じの注意義務に違反＝重大な過失として、自己の物に対する注意義務を要求されることを責任要件の制限ととらえられていた。（同『新訂債権総論』（有斐閣、1964）26 頁も参照）。なお、近時の見解（たとえば中田裕康『債権総論 新版』（岩波書店、2011）34-35 頁）でも、善良なる管理者の注意義務と自己の物に対するのと同じの注意義務とを対比して、後者の注意は前者の注意との比較で軽減された注意であるとするのが一般的である（最近では、我妻博士のように善管注意義務違反＝過失、自己の物に対するのと同じの注意義務違反＝重過失とはしないものが多いようである）。ただし、抽象的な基準である善良なる管理者の注意義務と対比して、自己の物に対するのと同じの注意義務は各債務者の個人的能力の程度に従って注意義務が算定されるため、場合によっては善良なる管理者が果たすべき注意義務と同等の注意が要求されることもある。この意味では、自己の物に対するのと同じの注意という基準はまさに相対的な基準であり、常に債務者の責任や注意義務を制限する機能を果たすとは限らないともいえる。

かなる期待外れの結果に関しても自らを責める必要がある」⁽²²⁾。

ユスティニアヌス帝の時代において、自己の物に対するのと同じの注意義務という基準は、たとえば後見 *tutela*、嫁資 *dos*、共有 *communio* の場合に適用されたとされる⁽²³⁾。しかし Zimmermann によれば、この注意基準が寄託契約にも適用されたかどうかは疑わしいという。すなわち、受寄者は悪意（および重大な過失）のためにのみ責任を負ったということを明白に示す多くの資料が存在する一方で、Cels. D. 16, 3, 32 との矛盾が存在するため⁽²⁴⁾、ユスティニアヌス帝が受寄者の責任について悪意のみを責任基準としていたのか、あるいは重大な（資格づけられた）過失をも同様に基準としていたのかは実際のところ明らかでないとされる⁽²⁵⁾。この点につき林信夫教授も、ローマ法における寄託者の注意義務の拡大を論ずるなかで、寄託者が重過失のために、さらには過失のためにも責任を負ったのかに関しては争いがあるとされる⁽²⁶⁾。そして林教授は、ディゲスタ中の 4 つの法文の検討を通じて、以下のように述べられる。すなわち、「…受寄者の注意義務の範囲に悪意が含まれることには争いがないとしても、『重過失』まで含むことには蓋然性があり、『過失』についてはそれが低くなる」⁽²⁷⁾。これらのことから、受寄者が責任を負うための基準として

⁽²²⁾ Zimmermann, *supra* note 10, at 211.

⁽²³⁾ Zimmermann, *supra* note 10, at 211; Kaser / Knütel, a. a. O. (Fn. 2), S. 198 Rn. 21. なお、組合につき Gai. D. 17, 2, 72 : 「組合員は過失即ち無為且怠慢の名義で他の組合員によって拘束される。しかしながら過失は最も完全な注意義務に従って決定されるべきではない。自己の物に適用するのが常であると同じの注意義務を共有物に適用すれば充分だからである。蓋し注意力のとばしい組合員を自分のために取得した者は自分から嘆くべきであるからである。」(江南・前掲注(8)426 頁)、後見につき Ulp. D. 27, 3, 1 : 「後見人は、為すべきでないことを為したことすべてにつき、そして悪意、過失および自己の事柄について用いる注意基準に適用することを為していないことにつき償うことを求められる。」(Alan Watson, *The Digest of Justinian*, vol. 1, 1998), 嫁資につき Paul. D. 23, 3, 17 : 「嫁資に関する問題において、夫は悪意と同様に過失についても責任を負う。なぜならば、夫は嫁資を自己の利益のために受け取ったからである。夫は、自己の事柄において示すのと同じの注意を果さなければならない。」(*Id.*), 共有につき Paul. D. 10, 2, 25, 16 : 「我々は共同相続人と契約しているのではなくて、偶然彼と関係するに過ぎないから、相続財産に関する悪意のみならず過失についても共同相続人は責任を負うべきである。けれども彼が自己の相続人の利害で行動するのは無理ではないから、注意深い家父の注意義務迄履行する必要はない。それ故彼には（他の相続人の為の）事務管理訴訟を実行する資格は与えられない。従って彼は自己の物について示すと同様の注意義務を履行すべきである。財産が二人の受遺者に遺贈される場合も同様である。何故ならこの二人を共有状態にしたのは同意によるよりもむしろ〔偶然の〕事情だからである。」(江南・前掲注(8)48 頁)。

⁽²⁴⁾ 本文参照。

⁽²⁵⁾ Zimmermann, *supra* note 10, at 212. なお、ユスティニアヌス帝法学提要には、寄託において受寄者は悪意のためにのみ責任を負うという記述がある。Inst. 3, 14, 3 : 「…寄託物に付いては、汝は唯悪意のみの責任を負ふ。故に若し汝の過失又は不注意によりて、寄託物が悪化するも、汝に過失ありて、何人かに物が盗まれたるときと同じく、汝は責任を負ふことなかる可し。蓋し過失ある友人に、保管の為物を託する者は、自己の不明を責む可ければなり」(原田慶吉訳『法学提要希臘語義解邦訳』法学協会雑誌 51 巻別刷 (1934) 52 頁参照)。一方で末松謙澄博士は、受託者は軽過失 *culpa levis* の責任を負わないが重過失 *culpa lata* および悪意 *dolus* の責任を負うとされる。そして上記 Inst. 3, 14, 3 は的確ではないが、「重大な過失は悪意と同視される」ために、ユスティニアヌス帝は（本文中の過失を）軽過失の意味で述べたとされる（同『ユスチニアヌス帝欽定羅馬法学提要 訂正増補 3 版』(帝国学士院, 1916 [初出 1913] 356-357 頁)。

⁽²⁶⁾ 林信夫「古代ローマ寄託法における若干の問題」鈴木祿弥＝徳本伸一編『財産法学の新展開』（有斐閣, 1993）397 頁以下。

⁽²⁷⁾ 林・前掲注(26)412 頁。なお、林教授はバシリカ法典の注解から、「…ユスティニアヌス帝期またはその後においてすら寄託における注意義務は悪意であることが明言されているのである。このことは、注

悪意が一つの基準として設定されていたことに疑いはなく、重大な過失についても同様に責任を負う基準とされていたことも同様に確からしいということとなろう。しかし、受寄者が単なる過失のためにも責任を負ったかどうかについては、相当に疑わしいといえることとなる。

四 委任 *mandatum*

委任 *mandatum* においては、受任者は委任者に対して無償で一定の事務を処理する義務を負う⁽²⁸⁾。受任者は、古典期では悪意の場合にのみ責任を負ったが、その後、とくにユスティニアヌス帝の時代では悪意に加え、単なる過失がある場合にも責任を負ったとされている。ただし、この場合の過失が抽象的過失であるのか重大な過失であるのか、引いては悪意のある場合にのみ責任が認められたのか、あるいは過失のある場合にも責任が認められたのかについて、現在の学説では見解の相違が見られる⁽²⁹⁾。*Kaser/Knütel*が引用する *Ulp. D. 17, 1, 8, 10* は以下のとおりである。「それ故に君が奴隷を購入するように私が君に委任し、君が購入したときには、君は返還するように私に拘束されるであろう。しかし悪意によって購入することを君が怠ったとき（偶々金銭を受領したが、他の者が購入できるようにと君が他の者に譲歩したので）、又は重過失によるとき（偶々依怙彘肩に動かされて、他の者が購入するのを君が受認したとき）には、君は拘束されるのであろう。然し君が購入した奴隷が逃亡するときにも、勿論君の悪意によるならば、君は拘束されるであろう。悪意が介せず過失もないときには、そのほかに奴隷が君の権力中に帰すならば君が返還するであろうという担保を与える点を除けば、君は拘束されないであろう。しかし君が返還するときにも君は引渡もしなければならない。追奪について担保が与えられたとき、或は君に担保が与えられるように君が熱望することができるときでも、君がこの訴訟を私に譲歩するならば、それで充分であると私は思う。その結果君は私を私の事件を処理する委託事務管理人にすることになり、君が得るであろう以上のものを君に履行しなくともよい」⁽³⁰⁾。この法文からは、受任者は、義務違反につき単なる過失があるにとどまる場合には責任を負わないと理解

意義の程度がすでに『過失』にまで拡大されていたことよりも、むしろ悪意に限定されていたことを推測させるもののように思われる」とされる（林・同 410 頁）。林教授はまた、重過失が問題になる場合について、「…前述の一史料から受寄者がその責を負うことが推測され得るが、このように受寄者の注意義務を拡大するケースがあったとすれば、その推進力になったのは金銭を客体として利息を付することすら可能とみなすヘレニズムの影響を受けた取引行為だったのではなかろうか」とされる（林・同 417 頁）。

⁽²⁸⁾ 原田・前掲注(2)198 頁、瀧澤＝クリンゲンベルク・前掲注(2)255 頁、*Apathy/Klingenberg/Stiegler*, a. a. O. (Fn. 2), S. 139 ff., *Kaser/Knütel*, a. a. O. (Fn. 2), S. 251 ff.（柴田＝カーザー前掲注(2)362-364 頁）参照。

⁽²⁹⁾ 柴田・前掲注(3)282 頁、原田・前掲注(2)199 頁、瀧澤＝クリンゲンベルク・前掲注(2)256 頁、瀧澤栄治・柊島正法訳＝アラン・ワトソン『ローマ法と比較法』（信山社、2006）78 頁（悪意とする）、*Apathy/Klingenberg/Stiegler*, a. a. O. (Fn. 2), S. 140（悪意あるいは重大な過失とする）、*Kaser/Knütel*, a. a. O. (Fn. 2), S. 253 Rn. 8（柴田＝カーザー前掲注(2)364 頁）。なお、*Kaser/Knütel*は悪意あるいは少なくとも過失とする（ただしその過失が *culpa lata* か *culpa levis* かは不明としている）。

⁽³⁰⁾ 江南・前掲注(8)373 頁。

できる。しかし Zimmermann は、Coll. 10, 2, 3⁽³¹⁾および Ulp. D. 50, 17, 23⁽³²⁾を引用し、受任者が責任を負う基準について、悪意のみとする法文と悪意および過失とする法文とがあることから矛盾する記述の存在という問題を指摘する⁽³³⁾。

この矛盾をどのように理解すべきかについて、Zimmermann は、古典期ローマ法における「過失 culpa」の用語法を指摘する。Zimmermann はまず、古典期において受任者は悪意のために責任を負うとされ、その後受任者は悪意および過失のためにも責任を負うとされたこの変容は、後者について受任者の地位をより時代に適合したものにするための改ざん interpolation の結果であるとする⁽³⁴⁾。そして古典期において過失 culpa という用語が厳密には定義されておらず、少なくとも 2 つの異なる方法で用いられていたとする。すなわち、「その過失は、過失に関する現代的観念、つまり善良な家父長が果たしたであろう注意を怠ることに等しいとローマ法は考えるに至る。しかし『過失 culpa』はまた、一般的な過誤と悪意とを含む非難可能性をも表しうる。前者（一般的過誤としての過失）の意味においては過失は悪意を補完するものであって、後者（悪意としての過失）の意味においては悪意を包含するものであった。もし後者の意味で用いられていたならば、『過失 culpa』という用語は悪意を示すために用いられていたのだろう。したがって、受任者は悪意のために責任を負い、過失のためには責任を負わなかったという命題と、ある特定の受任者はその『過失 culpa』のために責任があると考えられたことの間の矛盾は必ずしも存在しないのである」⁽³⁵⁾。このように Zimmermann は、過失 culpa という用語に実は 2 通りの意味が存在し、それが使い分けられていたことから、一見して矛盾するような記述でも実のところは矛盾しない意味内容となっていることを指摘する。

結局、実態がどうであったかについては確実に明らかにしえないものの、いずれにせよユスティニアヌス帝の時代においては、受任者は契約から利益を得ないに関わらず、悪意および通常の過失のために責任を負ったということになり、この限りで利益原理からの例外となっていたことは確実であるようであるが、なお、このような受任者の責任の拡大につき Schulz は以下のように論じている。すなわち、「ユスティニアヌス帝のもとで、受任者は過失 culpa について責任を負ったが、古典期のように悪意 dolus についてだけ責任を負うことはなかった。これは思慮の足りない改革であった。受任者が無償でそのような重い責任を引き受けるなどということはほとんどありえなかったからである。…事実、過失責任は合理性がなく、正当なものとはいえない。古典期の法学者はまったく正しかったのである」

(31) 「…真の委任の訴においては、過失ではなく故意のみが引合いに出される」。石本・前掲注(1)341頁, Zimmermann, *supra* note 10, at 426.

(32) Alan Watson, *The Digest of Justinian*, vol. 2, 1998. 「委任、使用賃貸借、売買、質、雇用、賃貸借、嫁資、後見、事務管理は悪意および過失に関わる。そしてこれらのうちに、注意を含める」。

(33) Zimmermann, *supra* note 10, at 426. なお、委任における受任者の帰責基準に関する記述の矛盾や悪意責任、重大な過失のための責任から単なる過失責任への責任の拡大に関しては、Hoffmann, a. a. O. (Fn. 16), S. 21 f. も参照されたい。

(34) Zimmermann, *supra* note 10, at 426.

(35) Zimmermann, *supra* note 10, at 427.

(36)。なお、受任者の責任が拡大されることによって利益原理の例外となった理由につき、四宮和夫博士は以下のように推測される。すなわち、ローマ法では委任は多くの関係に含まれ、それぞれによって利益状況を異にしたから責任の基準についても単一でなく、受任者および第三者の利益のための委任や何らかの形で報酬を受けた *procratio*（執事）と融合した委任などにおいては、軽過失の責任が認められた可能性があったこと、そして無償の受寄者は悪意の場合、重過失の場合、および自己の物よりも粗末に扱った場合にのみ責任を負うのに対し、無償の受任者が抽象的軽過失の責任を負うのは、受寄者が積極的な勤勉な処理の義務を負わないのに対し、受任者は事物の性質上勤勉な処理を義務づけられることがその理由ではないかとされる⁽³⁷⁾。

以上のように、委任契約の債務者である受任者が、契約から利益を得ないにもかかわらず重い責任を負ったという点につき、これを厳しく批判する見解もあるものの、社会における委任の機能的変化や他者の利益保護のために無償の役務提供の場合にも高度の責任を要求するといった観点からこれを説明しようとの試みも存在する。

五 贈与 *donatio*

贈与 *donatio* は、一方当事者がその財産を減少し、他方当事者の財産が増加するという無償の出捐行為である⁽³⁸⁾。古典期ローマ法では、贈与は財産取得の原因でしかなく、ユスティニアヌス帝の時代においてようやく契約（無方式合意）として認められたという。

上記 3 つの無償契約と同じように、ユ帝期において契約として認められた以上、当事者の責任の基準を決定するに際しては、やはり贈与においても利益原理が作用すると想定できるが、このことに言及するものは少ない。そんな中 *Savigny* は、その大著である『現代ローマ法体系』において、贈与における利益原理に従った責任基準の決定原則について言及している⁽³⁹⁾。*Savigny* は、贈与契約の特性の一つとして目的物が滅失または損なわれるとき、贈与者は悪意および重過失のある場合にのみ責任を負い、そして目的物の追奪の場合や按察官訴権については悪意のある場合にのみ責任を負うという点を指摘する⁽⁴⁰⁾。*Savigny* は、まず贈与者が責任を負う基準を悪意および重大な過失へと制限することに関しては、

(36) Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, 1992, at 557-558. なお、本書の邦語訳として、佐藤篤士監訳「フリッツ・シュルツ『古典期ローマ私法』(I) — (IX)」早稲田法学 55 巻 1 号・58 巻 4 号 (1980・1984)、および塙浩『フリッツ・シュルツ『古典期ローマ私法要説』』(信山社, 1992)がある。

(37) 四宮和夫「委任と事務管理」谷口知平教授還暦記念発起人編『不当利得・事務管理の研究(2)』(有斐閣, 1971) 306-307 頁。四宮博士は、Alan Watson および *Johann Christian Hasse* の見解を参考にされる。

(38) 柴田・前掲注(3)283 頁, 原田・前掲注(2)213-214 頁, *Apathy/Klingenberg/Stiegler*, a. a. O. (Fn. 2), S. 149 f., *Kaser/Knütel*, a. a. O. (Fn. 2), S. 259 f. (柴田=カーザー前掲注(2)374-375 頁)。

(39) *Friedrich Carl von Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 4, 1841. なお、邦語訳として、小橋一郎訳『サヴィニー 現代ローマ法体系 第四巻』(成文堂, 2001)がある。原田博士も「比較法上贈与の如き無償行為は一般に効力は薄弱であるが、その効力は「ローマに於ても、…悪意の責任等に現れている」として、贈与に関しても利益原理に基づく責任制限が認められていたことを指摘されるが、具体的な法文を挙げられてはいない(原田・前掲注(2)214 頁)。

(40) *Savigny*, a. a. O. (Fn. 39), S. 121 (小橋・前掲注(39)114-115 頁)。

Ulp. D. 13, 6, 5, 2⁽⁴¹⁾および Afr. D. 30, 1, 108, 12⁽⁴²⁾を指摘する。これら法文は、使用貸借、遺贈、そして信託遺贈などに関わるものであるが、*Savigny*はこれら法文が贈与にも適用されるとする⁽⁴³⁾。

次に按察官訴権に関しては、Ulp. D. 39, 5, 18, 3⁽⁴⁴⁾および Mod. D. 21, 1, 62⁽⁴⁵⁾を指摘する。按察官訴権の場合、「…訴えでは売買代金が存在しないから売買契約におけるように売買代金の減額または返還などに向けられえないで、たとえば受贈者が自己の財産からその物に役立てたもの、したがってそれによりその者が贈与前よりも今もっと貧しくなるようなものの賠償にのみ向けられうる」とする⁽⁴⁶⁾。

また、利益原理と贈与の関係について以下のように述べる。すなわち、「…過失の理論において、*bonae fidei* である債務は、こういう私欲のない関係にある債務者は、通常の過失についても責任を負うのではなくて、悪意およびこれと同じに評価されるものについてのみ責任を負うという重要な結果がその概念に結びつくからである」として、対価の存在せず、債務者が利益を受けない契約では、悪意およびそれに準じて評価される帰責事由のある場合にのみ責任を負うべきとする一般法理の存在を示唆する⁽⁴⁷⁾。

(41) 「今や何が使用貸借訴訟の中に入るか悪意であるか過失であるのか、実にすべての危険であるかどうか観察すべきである。勿論契約においては我々は時には悪意のみを、時には過失も担保するが、寄託においては悪意を担保する。何故なら寄託された者の利益は何ら存在しないので、悪意だけが担保さえるのは当然だからである。但し報酬が付け加わるとき（その場合には勅法で規定されているように過失も示されるから）または受寄者が過失と危険とを担保することを初めから約定するときはその限りでない。しかし、買入、賃貸、嫁資、質、組合におけるように、双方の利益がある場合には、悪意も過失も担保される。」（江南・前掲注(8)218頁参照）。後掲注(42)の法文と合わせ、これら2つの法文はまさに利益原理を表している。

(42) 「…そしてもし君が遺言のもとで何も受け取ることのない場合、彼は君が私に対してまさにその遺産における悪意のためにのみ責任があるだろうと考えた。しかし、これとは異なってまさに誠意契約におけるように、法は、もし契約が両当事者にとって利益のあるものであるならば、君は過失のためにまた責任を負うというものであり、もし契約が一方当事者にとってのみ利益のあるものであるならば、君は悪意のためにのみ責任を負う」。See, Watson, *supra* note 23; Karl Eduard Otto / Bruno Schilling / Karl Friedrich Ferdinand Sintenis (hrsg.), Das Corpus Iuris Civilis, Bd. 3, 1984, S. 272 f.

(43) *Savigny*, a. a. O. (Fn. 39), S. 121 Fn. (m) (小橋・前掲注(39)115頁注(m))。

(44) 「或者が私に他人の物を贈与し、私がそれを高額な出費を^(ママ)為したが、このように私に追奪される時には、私は贈与者に対する如何なる訴訟も成立しないとラベオは述べる。贈与者が悪意でなしたときには、私が悪意についてその者に対して訴訟を持つことは明らかである」(江南・前掲注(15)181頁参照)。

(45) 「按察官指令は、贈与物に適用されないといわなければならない。贈与者はいかなる対価も求められていない場合、何のために返還の約束をするのであろうか。しかし贈与の目的物が改良された場合、贈与者は、利益が改良された物の額に達したものととしてそれと同等の金額を要求されるだろうか。もちろんそうではない。贈与者はその寛大さのために罰せられるべきではない。したがって、贈与の場合、按察官が売買目的物に関して要求することを引き受けるための余地はない。もちろん、贈与者は悪意かつ故意で任意に与えたものの返還を要求すべきでなく、またそうすることはない」。See, Watson, *supra* note 23; Karl Eduard Otto / Bruno Schilling / Karl Friedrich Ferdinand Sintenis (hrsg.), Das Corpus Iuris Civilis, Bd. 2, 1984, S. 558 f.

(46) *Savigny*, a. a. O. (Fn. 39), S. 121 f. Fn. (n) (小橋・前掲注(39)115頁注(n))。

(47) *Savigny*, a. a. O. (Fn. 39), S. 9 f. (小橋・前掲注(39)15頁)。なお、ここでも *Savigny*は Ulp. D. 13, 6, 5, 2 および Afr. D. 30, 1, 108, 12 (それぞれ前掲注(41), (42)参照) を引用する (*Savigny*, a. a. O. [Fn. 39], S. 10 Fn. (c))。

Ⅲ ドイツ後期普通法時代における無償契約債務者の責任制限法理について

以上、ローマ契約法における責任基準の決定原則である利益原理について、その責任制限としての機能を概観した。契約から対価を得ない無償契約債務者につき、その責任や注意義務を制限するという考え方がすでにローマ法において存在したことは明かである。ここでは、契約当事者双方が利益を得るのかあるいは一方当事者のみが利益を得るのかを基準として、それぞれの当事者がどのような基準で責任を負うのかを区別していた。そのため、使用貸借、寄託、委任、贈与においては、それぞれ貸主、受寄者、受任者、そして贈与者は契約から利益を得ることがないために、責任を負うためにはその原因（瑕疵の存在や返還の不能などによる損害の発生）について、悪意（または重大な過失）のある場合でなければ責任が問題とならなかった。しかし委任については、受任者は原則として対価を得ないにもかかわらず、遅くとも後期ローマ契約法では悪意または通常の過失のために責任を負うとされ、利益原理からの例外となった。現代においても、日本やドイツにおいて、委任は原則形態を無償契約とされているものの、受任者の責任や注意義務を軽減する旨の規定は見当たらない。しかし、ローマ法においてなぜ委任が利益原理の例外となったのかについて明確な理由を示すような資料はないようである。

一方、ローマ法が普通法として適用されていたとされる時代であるドイツ後期普通法時代では、ローマ契約法における責任基準決定原則としての利益原理はそもそも継受されていたのであろうか。継受されていたとすれば、どのようなかたちで受け継がれていたのか。以下では、ドイツ後期普通法時代の法状況について、普通法学説と地方特別法や草案の規定に着目して整理をしたい。

一 地方特別法・民法典草案における無償契約債務者の責任

ドイツ後期普通法時代における責任制限規定・法理を参照するにあたって、さしあたって同時代に見られる地方特別法（プロイセン一般ラント法、ザクセン民法典）、そして民法典起草のための草案（ヘッセン草案、バイエルン民法典草案、ドレスデン草案）における無償契約債務者の責任に関わる規定をみていく。

（一）プロイセン一般ラント法

プロイセン一般ラント法（以下 ALR）は、1794 年にドイツにおいてプロイセン領諸邦のための法典として施行された⁽⁴⁸⁾。なお、普通法時代の多くの法典・法典草案に共通することでもあるが、債務者が責任を負うための基準について利益原理に基づく規定を総則に該当する箇所で定めていることが特徴的である。

⁽⁴⁸⁾ 鈴木禄弥訳＝フランツ・ヴィーアッカー『近世私法史』（創文社、1961）410 頁以下、石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造』（有斐閣、1969）、田山輝明監訳＝Gerhard Köbler『ドイツ法史』（成文堂、1999）200 頁以下参照。

1 帰責のための基準⁽⁴⁹⁾

ALR 第1部第5章277条以下は、過失 *Versehen*⁽⁵⁰⁾という表題のもと、契約の不履行に際して債務者が責任を負うための基準を定めている。同280条によれば、契約から利益を得ない当事者は重大な過失のためにのみ責任を負えばよいとされる⁽⁵¹⁾。他方で278条では、契約から両当事者が利益を得る場合、各当事者は通常の過失、そして一方の当事者のみが利益を得る場合、利益を得る当事者は軽過失のために責任を負うとされる。

この規定について *Dernburg* は、「プロイセン法は、ローマ法のように有償契約と無償契約との区別を基礎としたが、同法は純粋なローマ法とは異なって、旧普通法学にならい同普通法学によって採用された三段階の帰責を考慮して三段階の基準を取り入れた」とする⁽⁵²⁾。

Koch は以下のように述べる。すなわち、債務者の利益を全く目的としない債務については、相手方当事者に対する利他的な好意的奉仕が債務者にとって不利益をもたらすことになってはならないとすることが妥当である。それゆえに、そのような行為を要求する者は、要求される者に特別な注意を要求せず、相手方が好意を示すにあたり過度の負担を負わせないという意味を有していることが前提とされなければならない。それゆえに、ここでは悪意および重大な過失のためにのみ責任が追及される。しかし、他人の取引を仲介することを自ら申し出、あるいは強要した債務者についてはこの前提は欠落する。なぜなら、そのような債務者がいなければ、取引はその他の者によって、場合によってはより注意深く実行されたであろうからであるという⁽⁵³⁾。*Koch* によれば、無償契約が締結される場合には、債権者側に無償で給付を行う債務者に対して高度の注意や責任を要求せず、また債務者側でもそのような注意や責任を負わないという意味があるという推定が責任制限の理由であることとなる。

⁽⁴⁹⁾ ALR の条文については、*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*, Alfred Metzger Verlag, 1970, S. 51 以下を参照。

⁽⁵⁰⁾ ここで参照する普通法時代の法典や草案において、悪意や故意、過失といった責任の有無を判断する際の基準となる概念の表現について、各法典・草案ごとに異なる表現が用いられている場合がある（たとえば、過失については、*Versehen* を用いるものと *Fahrlässigkeit* を用いるものがある）。同じ「過失」という意味を持つ表現でも、各法典や草案において想定されている概念は実のところ異なりうるということには当然注意が必要である。しかし本稿では、さしあたりいずれについても悪意や過失という訳語を当てておくこととする。

⁽⁵¹⁾ ALR 第1部第5章280条：「契約から全く何も直接的な利益を期待しえない者は、重大な過失のためにのみ責任を負う」。そのほか、債務者が不履行のために責任を負うための基準に関する条文は以下のとおりである。278条：「両当事者が契約から直接に利益を取得する場合、両当事者は通常の過失のために相互に責任を負う」。279条：「一方当事者のみが契約から利益を得る場合、その当事者は軽過失のために責任を負う」。281条：「特別な専門知識を必要とする行為を引受けた者は、義務の履行の際に最軽過失のためにも責任を負う」。過失の程度を4段階に区別し、さらに専門知識を要する行為を引受けた場合の規律を設けている点で特徴的である。

⁽⁵²⁾ *Heinrich Dernburg*, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, Bd. 2, 1878, S. 143.

⁽⁵³⁾ *Christian Friedrich Koch*, *Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts*, Bd. 2, 1846, S. 42 f. したがって *Koch* は、契約から利益を得ないことと債務者に好意が存在することを結び付け、責任制限の根拠としていた。その他 ALR における債務者の帰責基準規定に関しては、*Joachim Ludwig Gottlieb Hübner*, *System des allgemeinen Landrechts für Preussischen Staaten*, 1806, S. 73; *Gustav Alexander Bielitz*, *Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrechte für die preußischen Staaten*, Bd. 2, 1824, S. 674 ff.; *Franz Förster / M. E. Eccius*, *Preußisches Privatrecht*, Bd. 1, 6. Aufl., 1892, S. 699 ff. など参照。

2 贈 与

ALR は生前贈与を第 1 部第 11 章において契約として規定し、さらに担保責任に関して原則的にこれを制限する趣旨の規定を置いている。1083 条によれば、贈与契約の場合、贈与者が担保責任を負担するという特約が存在する場合以外には同責任を負わないとされている⁽⁵⁴⁾。この 1083 条に対する例外を定める 1084 条は、贈与者が瑕疵ある目的物を故意に譲渡することによって受贈者に損害を与える場合には、贈与者は責任を負うとする⁽⁵⁵⁾。1083 条によって贈与者がいわゆる担保責任を原則として免れるということは分かるが、例外を定める 1084 条も合わせて読むと、ここでは有償性の原理に基づく担保責任が制限されているのではなく、むしろ現代でいうところの瑕疵のための拡大損害や瑕疵結果損害による損害賠償の原則制限とその例外帰責が予定されているようにも読める。

この 1084 条につき、条文中の損害の内容に関して、贈与者がどのような範囲で損害賠償の責任を負うのかにつき解釈の相違が見られる。*Förster* は、贈与者は悪意の場合、「それによって生ずる」損害を賠償しなければならないが、その損害には現実に生じている損害のみが属するのであり、逸失利益のような将来得られたであろう利益に対する損害も含まれると理解されてはならないとする。なぜなら、好意に基づく契約から生ずる義務を解釈する場合、常にその義務内容が軽減される方向に解釈されるべきであるからとする⁽⁵⁶⁾。他方で *Dernburg* は、悪意あるいは重大な過失のある者はすべての利益に関して責任を負うという原則が存在することから、1084 条の場合も全損害が賠償されるとする⁽⁵⁷⁾。

目的物の瑕疵から損害が生じたとき、贈与者がその責任を負うための要件を満たす場合、どのような損害が賠償の対象となるのかは本稿の検討課題の一つでもあるが、すでに普通法時代にあってその理解が分かれていたことがわかる。

3 委 任

ALR は第 1 部第 13 章において委任契約を規定するが、そのうち 55 条以下が受任者の義務

⁽⁵⁴⁾ ALR 第 1 部第 11 章 1083 条：「担保責任に関して、贈与者は、受贈者に対して明示的な約束によってのみその義務を負う」。

⁽⁵⁵⁾ ALR 第 1 部第 11 章 1084 条：「しかしながら、故意に他人の物あるいは有害な物を与え、それに関して受贈者に警告しなかった者は、受贈者に対して、その身体あるいはその他の財産についてそのことによって生じる損害のために責任を負う」。

⁽⁵⁶⁾ *Franz Förster / M. E. Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. 2, 6. Aufl., 1892, S. 28.*

⁽⁵⁷⁾ *Dernburg, a. a. O. (Fn. 52), S. 390. Dernburg* は、この条文を解釈について、現実の損害のみが問題となると理解する *Förster* に対し、債務者に不履行につき悪意および重大な過失がある場合に生ずる責任は、より広範囲に及ぶと批判する (*ders., a. a. O. [Fn. 52], S. 390 Fn. 9*)。これに対して *Förster* は、利益概念の理解、そして「身体あるいはその他の財産に生じている損害」という条文の文言から、ここでは逸失利益はおそらく含まれないという (*ders., a. a. O. [Fn. 53], S. 28 Fn. 153*)。なお *Fischer* は、1084 条で問題となる損害賠償の範囲について、これを消極的利益の賠償であるとする (Vgl., *Otto Fischer, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 1887, S. 488*)。ALR においては、不履行につき故意あるいは重大な過失のある債務者に対して、債権者が取得するはずであった全利益の賠償を義務づける規定がある (ALR 第 1 部第 5 章 285 条：「契約の締結あるいは履行の際、故意にあるいは重大な過失によって自己の義務につき違反した者は、他方当事者に対してその全利益を賠償する義務を負う」)。

および責任に関する規定となっている⁽⁵⁸⁾。それによれば、受任者は委任の実行に際して自己の事柄に対するのと同じの注意を義務づけられることになる。そして、この注意が算定できない場合、あるいは有償委任の場合には通常の過失のために責任を負うこととなっている⁽⁵⁹⁾。特徴的であるのは、受任者が委任を専門家として引受けた場合に関する規定を設け、そして委任が有償の場合と無償の場合を区別し、それぞれについて受任者が専門家であるか否かによって注意義務や責任を負う基準をさらに区別していることである。それによれば有償で専門家として委任契約を締結する場合は軽過失のためにも責任を負うが、専門家として契約を締結したが無償である場合はこれに比して責任が軽減され、通常の過失があるときにのみ責任を負うとされている。ここで述べられている「自己の事柄に対して用いるのと同じの注意」に違反することは、具体的過失であるとされる⁽⁶⁰⁾。また、有償委任契約を承認している点ではローマ法と異なっているといえる⁽⁶¹⁾。

4 寄託

ALR 第 1 部 14 章に設けられている寄託契約における受寄者の義務・責任に関わる規定は⁽⁶²⁾、委任契約に関するそれと類似するが、一般に受任者の場合と比べ受寄者が責任を負

⁽⁵⁸⁾ ALR 第 1 部第 13 章 55 条：「通常、受任者は、委任の実行の際、自己の事柄について用いるのが常であるのと同じ程度の注意を義務づけられる」。56 条：「これに従うと受任者の有責性が算定されえない場合、あるいは受任者が報酬と引換えに委任を引受けた場合、受任者は一般に通常の過失のために責任を負う」。57 条：「受任者が専門家として委任を引受けた場合、軽過失のためにもまた責任を負う」。58 条：「しかし、委任を報酬なしに引受けた専門家は、通常の過失のためにのみ責任を負う」。これら規定からは、ALR では有償委任と無償委任とが承認されていたことがわかる。普通法時代の立法例や法典草案における委任契約の無償原則に関しては、一木孝之「委任の無償性—その史的系譜（一）・（二）」早稲田大学大学院法研論集 89 号・90 号（1999）29 頁以下・51 頁以下参照。

⁽⁵⁹⁾ *Hübner*, a. a. O. (Fn. 53), S. 510; *Dernburg*, a. a. O. (Fn. 52), S. 454; *Fischer*, a. a. O. (Fn. 57), S. 448; *Artur Engelmann*, *Das Preussische Privatrecht*, 4. Aufl., 1890, S. 315; *Förster / Eccuis*, a. a. O. (Fn. 56), S. 326 f. この点に関して、「ローマ契約法によれば受任者はあらゆる過失のために責任を負ったが、ALR ではまず具体的過失のための責任が定められ、これが算定できない場合、そして有償委任の場合に通常の過失のために責任が生ずるという点に差異が認められる」と指摘する見解もある（*Dernburg*, a. a. O. [Fn. 52], S. 454; *Förster / Eccuis*, a. a. O. [Fn. 56], S. 327 Fn. 82, etc.）。ローマ法では（最終的に少なくともユ帝期には）、受任者は悪意および過失のために責任を負うとされた一方で、ALR では契約が有償であるか無償であるか（さらには債務者が専門家であるか否か）を区別し、それぞれについて受任者に要求される注意義務と責任を負うべき過失の程度とを差別化している。この点で、ALR はローマ法よりも利益原理に忠実であるともいえる。

⁽⁶⁰⁾ *Gustav Alexander Bielitz*, *Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrechte für die preußischen Staaten*, Bd. 1, 1823, S. 379 ff.; *ders.*, *Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrechte für die preußischen Staaten*, Bd. 3, 1825, S. 274.

⁽⁶¹⁾ ローマ契約法においては、ユ帝期では委任契約における報酬請求権は暗黙的に認められるにすぎず、無償性は依然として委任の本質的要素であったとされる（ローマ契約法における委任の無償性に関しては、さしあたり *Zimmermann*, *supra* note 10, at 415-416 参照）。なお、無償委任における受任者の責任をどのように考えるかに関して、普通法学説では見解が分かれていると指摘される（*Förster / Eccuis*, a. a. O. [Fn. 56], S. 327 Fn. 82）。これについては後に扱う。

⁽⁶²⁾ ALR 第 1 部第 14 章 11 条：「あらゆる場合において、受寄者は、自己に委ねられた物を、まさに自己の物に対してなすのと同じの配慮をもって保管することのみ義務づけられる」。12 条：「これに従うと受任者の有責性の程度が算定されえない場合、あるいは保管の方法が受寄者の任意に委ねられている場合、受寄者は重大な過失のためにのみ責任を負う」。17 条：「あらゆる場合において、寄託が報酬と引換えに引受けられた場合、受寄者は通常の過失のためにのみ責任を負う」。

うための基準が緩和されており、受寄者の責任がより制限されているという点で相違している⁽⁶³⁾。ALR では、無償受寄者は不履行につき故意または重大な過失のある場合にのみ責任を負い、有償の受寄者は通常の過失のある場合に責任を負うことになる⁽⁶⁴⁾。

5 使用貸借

ALR 第 1 部第 21 章 229 条以下が使用貸借契約に関する規定となっている。257 条によれば、貸主は、借主に対して重大な過失がある場合にのみ責任を負えばよいとされている⁽⁶⁵⁾。

使用貸借契約においても、契約から利益を得ない貸主についてその責任を制限する趣旨の規定が置かれているが、その他の無償契約の場合と異なり、条文そのものは非常に簡素であって、適用場面を限定するような文言は見当たらない。注釈文献などでは、ここで責任制限の対象となるのは、貸借目的物の瑕疵や期限前の目的物の剥奪などであるとされる⁽⁶⁶⁾。すなわち、この条文では目的物の使用を妨げないという貸主の主たる義務についてだけでなく、瑕疵担保責任や追奪担保など担保責任もその射程に含まれていると解されていたことになる。

(二) ヘッセン草案⁽⁶⁷⁾

ヘッセン草案ではその第 4 部が債務関係を規定しており、そのうち第 1 編と第 2 編とがそれぞれ総則規定と各則規定となっている。

1 帰責のための基準

第 1 編 140 条以下は債務者一般について、用いられるべき注意義務と帰責のための基準とを定めている⁽⁶⁸⁾。ヘッセン草案でも、利益原理のように契約から当事者が利益を得るか

⁽⁶³⁾ 委任契約の場合と同じく、ALR では有償寄託も承認されており、これも無償性を寄託契約の本質としていたローマ法と異なる点である (Vgl., *Engelmann*, a. a. O. [Fn. 59], S. 310)。

⁽⁶⁴⁾ *Hübner*, a. a. O. (Fn. 53), S. 474; *Dernburg*, a. a. O. (Fn. 52), S. 559; *Fischer*, a. a. O. (Fn. 57), S. 452; *Förster / Eccuis*, a. a. O. (Fn. 56), S. 290 f.

⁽⁶⁵⁾ ALR 第 1 部第 21 章 257 条：「使用貸主は、借主に対して重大な過失のためにのみ責任を負う」。

⁽⁶⁶⁾ *Gustav Alexander Bielitz*, *Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrechte für die preußischen Staaten*, Bd. 4, 1826, S. 505; *Dernburg*, a. a. O. (Fn. 52), S. 431; *Engelmann*, a. a. O. (Fn. 59), S. 309; *Förster / Eccuis*, a. a. O. (Fn. 56), S. 166 f. *Förster* は、帰責根拠について有害な瑕疵を「知らせることなく」物を貸与したということに求める (*ders.*, a. a. O. [Fn. 56], S. 166 Fn. 40)。

⁽⁶⁷⁾ ヘッセン草案およびその理由書については、*Werner Schubert* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch für das Großherzogthum Hessen, Entwürfe und Motiven* (1842-1853), Bd. 5, 4. Abt. (Schuldrecht), *Entwürfe und Motive von 1853, 1886* を参照。

⁽⁶⁸⁾ 第 1 編 141 条：「この場合において特別な合意がない場合、あるいはその他の法律上の規定がない場合、契約から利益を得ない契約締結者は、少なくとも通常人が用いるのが常である注意を用いることを義務づけられ、そして悪意および重大な過失のために責任を負う」。第 1 編 142 条：「契約締結者が契約から利益を得る場合、一般に誠実かつ注意深い家父長が用いるのが常である注意を用いることを義務づけられ、そして軽過失 (*culpa levis*) のために責任を負う」。2 項：「そして、契約締結者が、たしかに契約から利益を得ないが、他人の代理を引受けた場合、あるいは権限なく他人の行為に介入した場合もまた同様である」。

第 1 編 143 条 1 項：「どちらの契約締結者も契約から自ら特別な利益を得る場合、各人に対して 142 条が

否かに従って、各当事者が責任を負う基準を区別している。同草案の理由書によれば、債務者が果たすべき注意の程度は契約によって決定されるべきであるが、それが欠けている場合、基準を決定するために 141 条から 143 条の規定を置いたという。とくに債務者が契約から利益を得ない場合における帰責基準の制限について次のようにいう。すなわち、債務者一般に対して「少なくとも、全く通常の間人もまた用いることが常である善良な注意を果たすことを要求しうることは確かである。というのも、この注意を守りさえしない者は重大な過失という責があり、全くの通常人が予見し、予防したであろうことを予見できず予防できなかったということはほとんど悪意に近く、誠実さに反する重大な過失」といわねばならないとする⁽⁶⁹⁾。

しかしながら理由書は、「この絶対的基準（抽象的注意）に対して、ある者に対して単に最低度の注意でも最高度の注意でもなく、むしろその者が自己の事柄に用いることが常であるような注意（具体的注意）を要求するという相対的基準もまた考えられる」ともする⁽⁷⁰⁾。そして「それゆえ草案は、このことと契約の動機とを考慮して、当事者が具体的な債務関係から利益を得るか否かによって区別づけることとした。債務関係から利益を得る当事者は、最大限の注意、すなわち善良な家父長の注意および配慮を要求される。なぜならば、その当事者に契約が与える利益をもって、その当事者に対してこの注意を要求するための理由もまた与えられるからである。そしてこのことから、たとえば売主、用益賃借人、使用賃借人などは、軽過失のために責任を負う。一方、債務関係から利益を得ない当事者は、最小限の注意のみを要求されるに過ぎない。なぜなら他人のためにのみ、そしてただ他人の利益のためにのみ債務関係に入る者につき、責任と義務とがさらに拡張されることによって、軽微な過失のために損害賠償を義務づけられ、その無償給付のためにそれ以上に財産を減少せしめられるという危険に晒されてもよいという意図があると推定することは正当でありえないためである。そしてこのことから、たとえば好意から他人にある物を貸し与えた使用貸借貸主、あるいは贈与者は、最小限の注意の不履行のためにのみ責任を負う」。

以上のように、ヘッセン草案でも利益原理に従って、契約から利益を得ない無償契約債務者については、その責任や義務を制限すべきであるとしているのであるが、草案は利益原理の例外についても言及する。それはある者が他人の代理人としてその取引を無償で処理する場合であるとし、その理由を次のように述べる。すなわち、他人の行為を管理する者は、そのような事務の実行を（あるいは委託なしに）引受けることもって、その者が事務の実行から利益を得ない場合でも本人を代表することとなる。その結果として、他人の事務の実行者は、実行者が自らの事務を実行する場合に善良な家父長自身として自らの利益を守るであろうように、本人の利益を保護することもまた引受けているとする。

適用される」。2 項：「一方、利益が契約当事者らにとって共通のものである場合、各人は自らの事柄に用いることが常である注意を用いることにのみ義務づけられる」。

⁽⁶⁹⁾ Motive für Erstes Buch, in: a. a. O. (Fn. 67), S. 80.

⁽⁷⁰⁾ Motive für Erstes Buch, in: a. a. O. (Fn. 67), S. 81 f.

2 担保責任の制限

次いで第1編162条⁽⁷¹⁾および181条⁽⁷²⁾は、無償契約における物の追奪および瑕疵担保責任に関する規定を置いている。ヘッセン草案は、担保責任の帰責要件として追奪担保・瑕疵担保を契約上引受けたか否かを基準とするとし、追奪担保の場合はこれに加えて契約締結の際に債務者が無権限であったことを要求している。

まず、追奪担保責任の制限について理由書は以下のように述べる。追奪担保責任は「いかなる性質の契約にも無条件に問題となるのではなく、いわゆる有償の契約、従って債務者に対してその債務の履行のために対価の支払いが約束された場合にのみ適用される。というのも、このような場合、債権者が反対給付を受けないとしても、自らの義務である給付を強制されるようであれば、財産損害や積極的損害を被るであろうためである。他方で契約が無償である場合、したがって債務者が好意から物の所有権あるいはその他の権利を譲渡し、ないしは設定することを約束した場合は事情が異なる。なぜなら、ここでは債権者は、自己の財産をなんら犠牲にしないからであり、たとえ目的物の全部あるいは一部が追奪されたとしても、その利益を逸するにすぎないからである。もしこのとき債務者に追奪担保給付を強いるのであれば、債権者に対して要求される責務としての感恩 *Pietät* に反することとなる。そのために、債務者自身が明示的に追奪担保給付を約束していない場合、あるいは目的物に関して債務者の処分権限が欠如していたことから追奪が生ずるということを予見できなかった場合」にも関わらず追奪担保を要求することは、「善良の風俗にも反している」とする⁽⁷³⁾。

そして瑕疵担保責任の制限については次のようにいう⁽⁷⁴⁾。「…草案164条は、有償契約によって他人に物の所有権を譲渡する義務を負う債務者は、明示的に約束された物の性質や長所のみならず、特別の法律規定のない限り、債務者の善意あるいは悪意に関わらず、瑕疵についてもまた責任を負わなければならないことは当然であると定める。そしてその瑕疵は、引渡しの際時点で物に備わっていたものであり、重大であり、物を契約に従って使用することを不能としているか、さらには債権者に瑕疵が知られてきたであろう場合には債権者が物を全く必要とせず、あるいはより低い価格で求めていたであろうほどにその価値や有用性を減少させているということが必要とされる。そしてこの規定は容易に正当化される。つまり債務者は、その物について彼が明示的に約束した性質および長所を持つ契約目的物を引渡さなければならないという契約の内容そのものからそのような義務を負うだけではなく、条理に基づいてもまた隠れた瑕疵のために責任を負うことを黙示的に義務づけられ

⁽⁷¹⁾ 第1編162条：「無償契約に基づいて権利の譲渡あるいは設定が行われた場合、譲渡人は担保を負担しない。ただし、譲渡人がとくにそのことについて義務づけられていた場合、あるいは契約の際すでに、譲渡人が当該権利の譲渡あるいは設定について権限を有していなかった場合は別とする。後者の場合に関して、担保義務の免除を留保することはできない」。

⁽⁷²⁾ 第1編181条：「無償契約に基づいて所有権の譲渡が行われた場合、譲渡人は隠れた瑕疵のために担保責任を負わない。ただし、譲渡人がこのためにとくに義務づけられていた場合は別とする」。

⁽⁷³⁾ Motive für Erstes Buch, in: a. a. O. (Fn. 67), S.86 f.

⁽⁷⁴⁾ Motive für Erstes Buch, in: a. a. O. (Fn. 67), S.93 f.

ている。というのも、ある動産あるいは不動産を一定の反対給付と引換えに引渡す者は、この目的物が価格相当であるという黙示的前提のもとでこの給付をなすことを義務づけられるからである。そしてこの要件のもと、契約目的物の引渡義務を負う債務者は、この価格相当性のために責任を負うことも当然に義務づけられている。しかし、物の価値に影響するが、債権者に知られていなかったために合意の際に問題とならなかった瑕疵が物に存在することが明らかになった場合、目的物は価格相当でなかったこととなる。一方で、ここで問題となる債務者の責任義務はいわゆる有償契約の場合にのみ問題となるのであって、無償契約の場合、とりわけ贈与の場合には問題となりえないということも当然に明らかになる。すでに周知の法諺が明らかにしているように、無償契約では物の価値は問題とならず、そして贈与者は、物の瑕疵に関して責任を負うという義務を明示的に負担している場合でなければそのような義務を負うことはない」。

ヘッセン草案における無償契約債務者の追奪・瑕疵担保責任の制限については、主に対価（反対給付）の存在する有償契約における担保責任の必要性との対比で、無償契約におけるその不要性が理由とされている。

3 贈与契約

第2編94条以下が贈与契約に関する規定となっているが、贈与契約に関する各則規定では、贈与者の責任の制限に関して定める規定はとくに見あたらない。したがって第1編の規定に従い贈与者の責任を判断するものと思われる。

4 使用貸借契約

第2編248条以下は使用貸借契約について規定する。そのうち251条および252条がそれぞれ追奪担保および瑕疵担保について規定する⁽⁷⁵⁾。理由書は使用貸借貸主の責任について、「債務法の一般原則からもまた、…貸主は悪意および重大な過失のためにのみ責任を負わなければならない（第1編141条1項）。このため貸主は、借主に対し貸借目的物の隠れた瑕疵から生ずる損害に関して、貸主がこの瑕疵を知りながら借主に黙秘していたということのみを要件として責任を負う（252条）。同じように、貸主が無権限であると知りながら他人の物を借主に貸与した場合、借主が善意であり、そして貸借目的物の使用を正当な権利者である第三者による追奪でもって妨げられたということを要件として責任を負う（251条）」とする⁽⁷⁶⁾。

贈与契約においては各則としての責任制限規定を設けていないのに対して、使用貸借契

⁽⁷⁵⁾ 第2編251条：「使用貸借貸主がそれに関して権限を有していないことを知っていたにも関わらず、他人の物を目的物として貸与した場合、借主がそれに関して権限を有する第三者によって貸借目的物の契約に適った使用が奪われるとき、貸主は借主に対して、損害賠償の義務を負う」。第2編252条：「貸主は借主に貸借目的物の瑕疵から生じた損害に関してもまた、貸主がこの瑕疵を知っており、これを借主に黙秘していたということを要件として責任を負う」。

⁽⁷⁶⁾ Motive für Zweites Buch, in: a. a. O. (Fn. 67), S. 102.

約においては担保責任に関して、貸主が無権限であることや隠れた瑕疵の存在について知っていたが、これを借主に黙秘していたという場合に責任を負わせるというように、要件の補充がなされている。

5 委任契約

ヘッセン草案では、委任契約に関して受任者は利益原理の例外として重い責任や義務を負うとされている。275 条は、が受任者に対して善良なる管理者の注意という高度の注意義務を要求している⁽⁷⁷⁾が、無償受任者の場合についてその義務や責任を制限するような趣旨の規定は見当たらない。その理由について、理由書では以下のように説明されている。すなわち、「…まず第一に、当事者間の法律関係を鑑みるに以下のことが明らかになる。委任契約の概念によると、受任者は自らに委託された委任事務を委託に従ってかつその範囲内で実行することを義務づけられ、そして内容が特定されている場合、受任者に対して指定された委任遂行の種類と方法とを厳格に守ることを義務づけられる。他方で特定の無い場合、誠実かつ忠実に行為すること、そして委任者の代理人として、委任者自身が行為するのであれば自ら善良な家父長の注意をもって自己の利益を守るであろうように、同じように委任者の利益を保護することを義務づけられる」⁽⁷⁸⁾。ここでは、受任者は無償で委任事務を遂行する義務を負うが、本人が自ら行為するのであれば善良な家父長の注意を用いるであろうために、受任者もこの高度な義務を要求されるとされている。

6 寄託契約

ヘッセン草案第 2 編 321 条以下に寄託契約に関する規定が置かれているが、そのうち 323 条が受寄者の義務に関する規定となっている⁽⁷⁹⁾。そこでは受寄者は、寄託物の保管に際して原則として自己の物に対するのと同じの注意を果たすことのみを義務づけられるが、対価の存在する場合は、軽過失がある場合にも責任を負うとされる。これに関して理由書は、「…それゆえ、受寄者はこの物の保管のために適切な注意を用いなければならない。一方で、受寄者が法律規定に基づいて、そして明示あるいは黙示の合意に基づいて相当の対価を得

⁽⁷⁷⁾ 第 2 編 275 条：「受任者は、委託された委任を誠実さ、そして代理人として義務づけられる善良な注意（142 条 1 項）という基準に従って実行し、そして特定代理 *bestimmte Vollmacht*（271 条）のない場合、その行為をつねに委任者の利益に従って算定しなければならない」。2 項：「この義務を怠る場合、受任者は、委任者に対してこのことから生ずる損害を賠償する責任を負う」。なお、ヘッセン草案における委任契約は、有償形態も承認されていたようである。第 2 編 274 条：「事務処理の無償性は、報酬が明示に要求されず、あるいは受任者の職業を考慮して黙示に要求されない限りで、または報酬の支払いが法律上、当該役務提供のために定められていない限りで認められる」。これに関しては一木・前掲注⁽⁵⁸⁾参照。

⁽⁷⁸⁾ *Motive für Zweites Buch, in: a. a. O. (Fn. 67), S. 110.*

⁽⁷⁹⁾ 第 2 編 323 条 1 項：「受寄者は、異なる合意のない限り、寄託物の監護に対して、自己の事柄に用いるのが常であるのと同じの注意を用いなければならない」。2 項：「しかしながら、受寄者が相当の対価を要求した場合、受寄者は軽過失のために責任を負う。しかし、受寄者は、委ねられた物を、その物が高価なものであっても自己の物を顧みないで保護する義務を負わない」。3 項：「受寄者は、委ねられた物を保護する必要がある場合に、自己の物を犠牲にしたときは、損害の賠償を要求できる。この損害賠償は、保護された物の額も犠牲となった物の額も超えてはならない」。

る場合、受寄者は契約から利益を得ることになる。このとき受寄者は、債務法の一般原則（142条1項）に従って善良な家父長の注意のために責任を負う。しかし、受寄者が対価を得ないという場合、したがって契約から利益を得ない場合、少なくとも委ねられた物の保管に対して自己の事柄に用いるのと同様の注意を用いなければならず、このことは諸外国の立法例あるいはドイツ内の諸立法例において認められている。このことから、受寄者は、自己の物が寄託物より価値の少ないものであっても、緊急時に寄託物を自己の財産を犠牲にして保護することを義務づけられないということも当然に明らかとなる。むしろ受寄者は、受託物の保護のために自己の物を犠牲にする必要があった場合、自己の財産に対する損害につき寄託者に対して賠償を求めることができる。ただしこの賠償は、…保護された物の額も犠牲となった物の額も越えるものであってはならない」⁽⁸⁰⁾。ヘッセン草案でも有償寄託と無償寄託とが承認されているが、受寄者が用いるべき義務の程度や責任を負うべき基準について、契約の有償無償に従って区別されていることがわかる。

（三）バイエルン民法典草案⁽⁸¹⁾

1 贈 与

バイエルン民法典草案では、まず第1部総則の法律行為に関する規定中に贈与に関する規定が置かれている。そのうち101条⁽⁸²⁾および102条⁽⁸³⁾が贈与者の責任制限に関する規定となっている。同草案の理由書によれば101条に関する規定趣旨は以下のとおりである。

「贈与目的物に負担 *Lasten* が存在する場合、贈与者がこれについてとくに何も申し出ることがなかったならば、贈与者がこの負担を解消することを想定していたとは考えられない。さらに贈与者は、贈与の目的物をまさにあるがままに受贈者に引渡すつもりであったであろうと推定される。それゆえ負担は受贈者が引受ける。この推定は、もっぱら贈与物において抵当権によって担保された贈与者の債務という贈与者の個人的責任に関してさえも正当化される」⁽⁸⁴⁾。ここでは、無償で目的物を譲渡する贈与者は、目的物に何らかの問題があったとしてもそれについて負担する意思はないという推定的意思を理由として、贈与者の責

⁽⁸⁰⁾ Motive für Zweites Buch, in: a. a. O. (Fn. 67), S. 128.

⁽⁸¹⁾ バイエルン民法典草案の規定および理由書については、Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern 1861-1864 mit Motiven, in: Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Bd. 3, 1973を参照。バイエルン民法典草案の概要等に関しては、Werner Schubert, Bayern und das Bürgerliche Gesetzbuch, Die Protokolle der bayerischen BGB-Kommission (1881-1884), 1980, S. 3 ff.を参照。

⁽⁸²⁾ 第1部101条1項：「受贈者は、贈与物に存在する負担 *Lasten* を引受けなければならない」。2項：「贈与物に贈与者の債務に伴う抵当権が存在し、その抵当権のために別の土地が担保されていない場合、受贈者は159条から163条（第2部）に従って個人的債務をもまた引受けると推定される」。

⁽⁸³⁾ 第1部102条1項：「受贈者が贈与物を追奪される場合、異なることが合意されていない限り、受贈者は、贈与者に悪意 *Unredlichkeit* の責がある場合にのみ、損害賠償のための請求権を有する」。2項：「受贈者が、贈与者あるいは第三者の利益のため、負担を履行した場合、贈与者が悪意で行為をしていなくとも、贈与物の追奪の場合、いずれにせよその給付の賠償を贈与者に要求できる」。

⁽⁸⁴⁾ Motive zu den Hauptstücke, in: a. a. O. (Fn. 81), S. 346 f. 1項では単に負担 *Lasten* について責任を負わないとあるが、2項では抵当権について規定されているあたり、この「負担」とは他人の権利などが存在するというような債権者にとって不利益をもたらす事柄全般を指すものと思われる。

任を制限していることとなる。

次に 102 条に関しては次のようにいう。「同一の観点から、ここでは追奪の場合において有償契約の場合に原則となっている追奪給付のための義務が存在しない。贈与者に対して追奪された目的物の代償のためにさらなる財産的出損を要求することは、贈与者がこれについて特別な約束をしていた場合を除きいかなる場合も正当でない。…しかしながらこのとき、たとえば贈与者が、贈与物が自己の所有物でないということを知りながら贈与した場合のように、贈与者が受贈者に対して悪意という責めを負わないということが要件とされる」⁽⁸⁵⁾。ここでは、追奪担保責任も 101 条の規定する責任と同様の理由で制限されるが、ただし①贈与者が追奪担保責任を負うと特約で定められる場合、②贈与者が追奪の可能性を知りながら黙秘していた場合には責任を負うとされている。なお、バイエルン草案における贈与に関する規定では、追奪に関する規定があるのみで目的物の隠れた瑕疵のための担保責任に関する規定はないようである。

2 帰責のための基準

バイエルン草案第 2 部は債務関係を規定し、そのうち 109 条以下に不履行に基づく債務者の責任に関してその判断の基準を決定するための規定を置く。ここでもその基準決定の原則として、契約当事者が契約から利益を得るか否かという利益原理が用いられている。110 条は債務者が契約から利益を得ない場合、悪意および重大な過失のために責任を負うとするが⁽⁸⁶⁾、理由書によればこの規定の理由は以下のとおりである⁽⁸⁷⁾。

「債権者は、債務者に対して義務の全部履行を求める請求権を有しているので、債務者が義務を履行せず、あるいは不完全に履行し、かつそれらについて責めのある場合、債権者に対してそれによって生ずる損害を賠償しなければならない。この履行義務に基づいて、債務者は自らの負う義務の履行を故意に不能としてはならないのみならず、不注意によって債権者にそのような不利益をもたらすこともまたしてはならない。けだし、ある一定の義務を負う者は、その義務を実現するよう努める必要があり、またそれゆえに、債務者がこの義務を故意にではなく注意の欠如から怠る場合でも、債務者は義務に違反し、したがって違法を犯したことになる」。

「これにつき、債務者にどのような程度の注意および配慮が要求されるかについては、個々の債務関係の特性に従う。しかし、法律がこの関連において特別なことをなにも定めていない場合、それぞれの契約当事者が契約から得る利益に従って決定される。草案は注意の程度と責任の要件となる帰責性の程度それ自体をも、各債務関係の特性のもとで指定した。これが当てはまらない場合には、債務者によって用いられるべき注意、そしてその注意を怠

⁽⁸⁵⁾ Moitve zu den Hauptstücke, in: a. a. O. (Fn. 81), S. 347.

⁽⁸⁶⁾ 第 2 部 110 条 1 項：「債務関係がもっぱら相手方当事者の利益のみを目的としている場合、債務者は悪意および重大な過失のために責任を負う」。2 項：「自己の事柄に対して用いるのが常であるのと同じ注意、あるいは通常人に期待されうるのと同じ注意すら遵守しない者は、重大な過失の責がある」。

⁽⁸⁷⁾ Moitve zu den Hauptstücke, in: a. a. O. (Fn. 81), S. 391 f.

ったことによる有責性は、契約から利益を得る当事者の場合、契約から利益を受けず義務のみを負う当事者の場合よりも大きくなければならない」。

「草案はこの関係において、最新の理論およびその他近時の諸立法に倣い、過失を二段階に区別する。債務者は通常人に対して期待される注意あるいは債務者が自己の事柄に用いるのが常であるのと同じの注意を用いなければならないとすることは、あらゆる債務関係において要求されうる。特別な要件のもとでのみ、債務者の過失は注意深い家父長が同様の関係のもとで用いる注意という基準に従って判断される」。

ここでは、契約から利益を得る当事者の責任は重くし、そして利益を得ない当事者の責任は軽くするという志向が見て取れる。しかし、なぜ契約不履行に際して債務者が責任を負うべき基準を契約から取得する利益の有無に従って区別するのかについては、具体的な理由は見当たらない。

3 使用貸借契約

第2部640条以下は使用貸借契約について定めているが、そのうち643条⁽⁸⁸⁾および644条⁽⁸⁹⁾が、それぞれ物の追奪および隠れた瑕疵のために借主に損害が生じた場合における貸主の損害賠償義務に関する規定となっている。使用貸借貸主の義務について述べている理由書によれば以下のとおりである⁽⁹⁰⁾。

「…642条は、貸主は借主に対し、契約に従った物の使用を認めなければならないと規定する。それゆえ借主は、貸主が（自らあるいは第三者によって）借主による目的物の利用を妨害することを試みる場合、まずもって使用貸借契約に基づく権利を行使することができる。ただし、貸主自身による妨害や貸主による指示を受けた第三者による妨害ではなく、第三者が独断で妨害を実行するような場合、貸主は責任を負わない。借主は、第三者に対しては自らの占有権によって応対することができる。642条の規定からは以下のこともまた明らかとなる。すなわち、貸主は（別段の合意がなければ）物を貸主自ら使用する必要があるという場合でさえ、貸借期間中は借主から物の使用を取り上げてはならないということである。…同一の観点は643条の規定および644条の規定の基礎にもなっている」。

このように、省略されてはいるもののバイエルン草案における使用貸借契約の担保責任の制限では、有償契約との対比や貸主が利益を得ないということよりも、借主の目的物使用を尊重し保障する義務を貸主が負っているという点が制限の理由として重要視されているようである。

⁽⁸⁸⁾ 第2部643条：「使用貸借貸主が、権限がないと知りながら他人の物を貸借した場合、善意の借主が、貸借目的物の契約に適った使用を物に関して権利を有する第三者によって妨害されるならば、貸主は借主に、損害賠償の義務を負う」。

⁽⁸⁹⁾ 第2部644条：「使用貸借貸主は、目的物の隠れた瑕疵を知り、そして借主にこれを黙秘していたことを要件として、貸借物の隠れた瑕疵によって借主に生じた損害のために責任を負う」。

⁽⁹⁰⁾ Moitve zu den Hauptstücke, in: a. a. O. (Fn. 81), S. 503.

4 寄託契約

第2部660条以下が寄託契約に関する規定であるが、そのうち661条が受寄者の責任を制限する規定となっている⁽⁹¹⁾。理由書によれば主旨は以下のとおりである⁽⁹²⁾。

「受寄者が用いるべき注意の程度に関して、661条の規定は110条および111条において設定されている一般原則に従っている。したがって、いずれにせよ受寄者は、寄託物に対して彼自身の物に対して用いるのと同じの注意を用いなければならない。ただし、受寄者の義務は（たとえば、ALR第1部第14章11条およびヘッセン草案323条1項が意図しているように）これに尽きるのではない。すなわち、他人の物に対して通常人の注意を用いない者は、自己の物に対しても通常人が用いる注意を用いずに不注意に扱っているということをもって弁解しえない。というのも、この場合においてはそのような受寄者は他人の物の保管を引受けるべきではなかったであろうためである。そのほか、受寄者の責任は当事者間の特別な合意によって増減しうる。受寄者が独断で寄託者によって指示された寄託の方法を変更した場合、あるいは受寄者が寄託物の返還を怠る場合、受寄者の責任は増大し、そして寄託者が引取りを怠る場合、原則によれば債権者遅滞のために受寄者の責任は軽減される」。

バイエルン草案では、無償の受寄者は110条に従って自己の財産に対して用いる注意を義務履行に際して用いるべきとされているが、その注意は少なくとも通常人の用いる注意でなければならないとされていることが特徴的である。

5 委任契約

第2部685条以下が委任契約に関する規定であるが、そのうちの691条4項が受任者の帰責基準を定めている⁽⁹³⁾。それによれば、委任義務の履行に際して、受任者は軽過失のために責任を負うとされる。ここでは寄託契約の場合と異なって、委任契約においては報酬の有無によって責任を区別づける旨の規定はない⁽⁹⁴⁾。そこで第2部111条3項を見ると、利益原理の例外として契約が相手方当事者の利益のみを目的としているとしても、債務者が軽過失のためにも責任を負うことが法定されていると規定する⁽⁹⁵⁾。したがって、ここで委任

⁽⁹¹⁾ 第2部661条1項：「受寄者は、寄託物を契約に定められた期間中、適切に保管しなければならず、別段の合意がない限り、受寄者の悪意あるいは重大な過失によって物が被った損害を寄託者に賠償しなければならない」。2項：「受寄者が報酬を受け取る場合、受寄者は軽過失のためにもまた責任を負う」。

⁽⁹²⁾ Moitve zu den Hauptstücke, in: a. a. O. (Fn. 81), S. 505 f.

⁽⁹³⁾ 第2部691条1項：「委任の引受けは、714条による義務を留保して、委任者によって与えられ、受任者によって引受けられたように、委任を正確にかつ注意深く実行する義務を根拠づける」。2項：「より正確な定めがない場合、受任者は、行為の目的及び委任者の利益に最大限一致するように委任を実行しなければならない」。3項：「受任者が偶然事によって委任の実行を妨げられる場合、受任者は、委任者に直ちにこれについて知らせなければならず、遅滞に陥る危険がある場合、委任の実行をそれに適している代理人に移転することができる」。4項：「受任者に義務づけられた義務の履行に関して、受任者は、委任者に軽過失のためにもまた責任を負う」。

⁽⁹⁴⁾ 第2部688条：「委任契約の本質は、受任者に報酬が約束されたということ…によっては、何ら変わるところがない」。バイエルン民法典草案でも、有償委任が承認されている。

⁽⁹⁵⁾ 第2部111条3項：「いくつかの場合において、取引が相手方当事者の利益にのみを目的としている場合であっても、債務者が軽過失のためにもまた責任を負うことが、法律上の規定によって定められている」。

契約は利益原理の法定の例外となることとなるが、なぜ委任契約が例外となるかに関して、理由書においてはとくに何も述べられていない⁽⁹⁶⁾。691 条 2 項で「委任者の利益」といった点が挙げられていることから、おそらくは他の法典や草案と同じく、受任者は委任者に代わって委任者の事務を行う以上、委任者の利益を最大限尊重しなければならない、そのために高度の注意義務や重い責任を負うべきとされたためであろうと推測しうる。

(四) ザクセン民法典⁽⁹⁷⁾

1 帰責のための基準

ザクセン民法典は 728 条⁽⁹⁸⁾において、債務者がその義務の不履行につき責任を負うための要件として利益原理に倣った責任制限規定を定め、729 条⁽⁹⁹⁾においてその例外を定めている。それによれば、契約から利益を得ない当事者は、原則として悪意および重大な過失のためにのみ責任を負うが、契約を強制し、あるいは要請されることなしに契約を申し出る者、そして他人の取引の実行を引受ける者は、例外的に軽過失のためにも責任を負うこととされる。

注釈書では 728 条に関しては、前段が原則であり後段が例外であるという⁽¹⁰⁰⁾。そして、後段が適用される関係について、贈与契約の贈与者、無利息消費貸借の貸主、委任契約の受任者、使用貸借契約の貸主、受寄者などが挙げられている。しかしなぜこのように契約から利益を得るか否かに従って、当事者が責任を負うべき基準を区別するのかについては詳しく論じられていないようである。

2 担保責任の制限

ザクセン民法典 949 条によれば、無償契約の債務者は、原則として物および権利に関する担保責任を免れる⁽¹⁰¹⁾。949 条にいう悪意について *Schmidt* は、「悪意の存在について、

⁽⁹⁶⁾ Moitve zu den Hauptstücke, in: a. a. O. (Fn. 81), S. 515.

⁽⁹⁷⁾ ザクセン民法典の条文に関しては, Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863/1865, in: Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Bd. 4, 1973 を参照。また, 同法典の成立過程を概観するものとして, *Christian Ahcin*, Zur Entstehung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen von 1863/1865, 1996 参照。なお, 石川博康『契約の本性の法理論』(有斐閣, 2010) 339 頁注 219 は, ザクセン民法典は法典成立以降, パンデクテン法学の集大成としてその後の立法作業に影響を及ぼしたと指摘される。

⁽⁹⁸⁾ 728 条: 「ある債権に関わる当事者は, その双務的關係において, 互いに悪意 (*absichtliche Verschuldung*) および軽過失のために責任を負う。しかしながら, 彼らのうちの一方のみが, その関係の本質に従い, 関係から利益を得ていない場合, その当事者は, 悪意および重大な過失のためにのみ責任を負う」。

⁽⁹⁹⁾ 729 条: 「利益を得ない者は, その者が取引を強要し, あるいは自発的に申出た場合, 同様にその者が他人の行為を実行する場合, 軽過失のために責任を負う」。

⁽¹⁰⁰⁾ *Eduard Siebenhaar / Karl Magnus Pöschmann*, Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, Bd. 2, 2. Aufl., 1869, S. 50; *Bernhard Gottlob Schmidt*, Vorlesungen über das in dem königreiche Sachsen geltende Privatrecht, Bd. 1, 1869, S. 372 f.

⁽¹⁰¹⁾ 949 条: 「物あるいは権利が反対給付なしに譲渡される場合, 取得者は, 隠れた瑕疵のためにも追奪のためにも請求権を主張できない。ただし, 譲渡人がこのためにとくに義務づけられ, あるいは, 取得者を故意に害したことにつき有責とされる場合は例外とする」。

…949 条の規定によれば、譲渡人の側での物の正しい性質に関する、取得者が不利益を被るという意図のない単なる認識では十分でない」とする⁽¹⁰²⁾。また、*Pöschmann* は、949 条に関する議事録への参照を指示し、同条は、目的物が特定物であるか種類物であるかを区別していないと指摘する⁽¹⁰³⁾。ここでは、単に目的物に瑕疵があるとの認識のみでは、帰責要件としての悪意には満たないこと、目的物が種類物であろうとも特定物であろうとも、無償契約債務者は原則として追奪や瑕疵のために責任を負わず、例外としてその瑕疵を知らずながら告げない場合には責任を負うと考えられていたようである。

3 贈与契約

ザクセン民法典 1049 条以下が贈与契約に関する規定となっており、そのうち 1055 条が贈与者の責任および義務に関して定めている⁽¹⁰⁴⁾。同条では担保責任制限規定適用されるとするが、贈与者は当然反対給付を受けないことから、728 条の適用も受けるものと考えられる。しかしこうした贈与者の責任制限などについては 1055 条の草案理由書では論じられていない⁽¹⁰⁵⁾。

4 使用貸借契約

ザクセン民法典 1150 条以下が使用貸借契約に関する規定となっており、1177 条が貸主と借主の責任を定めている⁽¹⁰⁶⁾。これに関して注釈文献では、プレカリウムにおける借主の責任や⁽¹⁰⁷⁾、1177 条後段の普通法との一致に関する言及以外⁽¹⁰⁸⁾、責任制限に関わる説明はなされていない。

5 寄託契約

ザクセン民法典 1260 条以下は寄託契約に関する規定となっているが、1266 条は受任者の責任を定める⁽¹⁰⁹⁾。この条文において、後段における危険負担の規定が特徴的であるが、

⁽¹⁰²⁾ *Gottlob Schmidt*, a. a. O. (Fn. 100), S. 389.

⁽¹⁰³⁾ *Siebenhaar / Pöschmann*, a. a. O. (Fn. 100), S. 166.

⁽¹⁰⁴⁾ 1055 条：「受け入れられた贈与約束は、約束した給付を実現するという贈与者の義務を根拠づける。742 条及び 949 条が適用される」。

⁽¹⁰⁵⁾ 理由書については、*Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen nebst allgemeinen Motiven und Inhaltsverzeichnis*, Dresden, 1860, S. 793 f 参照（草案では 1085 条）。*Siebenhaar/Pöschmann*, a. a. O. (Fn. 100), S. 216. なお、1049 条では、贈与が法律行為であることが規定されている。

⁽¹⁰⁶⁾ 1177 条：「使用貸借貸主および借主は、帰責性に関して 728 条に従い責任を負う。借主が、自己の物と貸借物とに共通する危険の際、前者を保護し後者を放棄した場合、帰責性に該当する」。

⁽¹⁰⁷⁾ *Gottlob Schmidt*, a. a. O. (Fn. 100), S. 435.

⁽¹⁰⁸⁾ *Siebenhaar / Pöschmann*, a. a. O. (Fn. 100), S. 263.

⁽¹⁰⁹⁾ 1266 条：「寄託者および受寄者は、728 条に従い帰責性のために責任を負う。受寄者が、自己の物と寄託物とに共通して危険が迫っている際に、後者ではなく前者を保護する場合、受寄者は偶然的滅失について負担しなければならない。ただし、寄託物の保護が、受寄者に義務づけられた注意の適用のもと、自己の物と並んで行いえなかった場合は例外とする」。なお、同条後段では受寄者自身の物と寄託物とが同時に危険に晒される場合の保護に関する義務に関する受寄者の責任が問題とされている。これと主旨を同じくする規定はそのほかの法典や草案においても見られる。

これに関してとくに説明はなされていない。

6 委任契約

1295 条以下が委任契約であるが、1302 条が委任者および受任者の責任を定めている⁽¹¹⁰⁾。この規定により、受任者は 729 条に従って契約から利益を得ていなくとも、他人の行為を実行しているという理由から軽過失のためにも責任を負うこととなる。

(五) ドレスデン草案⁽¹¹¹⁾

ドレスデン草案は債務関係について BGB 立法のための準備的な草案であるとされる。

1 担保責任の制限

ドレスデン草案 171 条および 191 条は、それぞれ追奪担保と瑕疵担保に関して、無償契約債務者の担保責任を制限する旨を規定している⁽¹¹²⁾。

この 2 つの条文は、権利に関する瑕疵と物に関する瑕疵という以外、類似する条文構成となっている。すなわち無償譲渡（契約）の場合には、債務者が目的物の瑕疵を悪意で黙秘していた場合、あるいは担保責任が契約上義務づけられている場合に責任を負う。その責任の内容は、前者の場合は「そのことから生ずる損害」の賠償であり、後者の場合は「物の通常の価額」の賠償となっている。したがって、債務者が瑕疵について善意であるか、あるいは契約において債務者が担保責任を義務づけられていない場合などには、債務者は追奪や瑕疵のために債権者に対して責任を負わなくてよいこととされている。

171 条に関する議事においては、とくに、担保責任が特約として合意される場合に無償契約債務者が負うこととなる追奪担保責任の性質について議論がなされた。すなわち、無償契約において債務者が追奪担保義務を負うという合意に関して、厳密にいうとこの場合に債務者が負う責任はいわゆる「追奪担保」責任ではないとされ、それは追奪という概念そのも

⁽¹¹⁰⁾ 1302 条：「委任者および受任者は、728 条及び 729 条に従い、帰責性のため責任を負う」。なお、1299 条では「取引の実行に対して報酬が合意される場合、委任に関する諸規定は、当事者が委任契約締結を意図していた場合にのみ適用される」とある。このことから、ザクセン民法典においても有償委任は承認されていたものの、有償委任契約が認められるためには当事者が特に同契約の締結を意図していたという必要があると考えられていたようである。これに関しては、一木・前掲注(58)参照。

⁽¹¹¹⁾ ドレスデン草案の内容については、Bernhard Francke (hrsg.), *Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866*, in: *Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts*, Bd. 2, 1973 参照。ドレスデン草案は連邦レベルでの一般債務法の制定に向けた草案であったとされる（石川・前掲注(97)339 頁注 219 参照）。

⁽¹¹²⁾ 171 条：「無償譲渡の場合において、譲渡人は、（追奪）担保のために責任を負わない。しかしながら、譲渡人が取得者に、自らに譲渡のための権利のないことを悪意で黙秘していた場合は、譲渡人は、そのことから取得者に生ずる損害を賠償する義務を負う。万が一、譲渡人が、（追奪）担保のために責任を負った場合、譲渡人は譲渡された物の通常の価値のみを提供することに義務づけられる」。

191 条：「無償譲渡の場合、譲渡人は、物の瑕疵のために責任を負わない。しかしながら、譲渡人が、物の瑕疵を取得者に悪意で黙秘した場合、譲渡人は、そのことから取得者に生じた損害を賠償する義務を負う。譲渡人が、瑕疵のために責任を負うことを義務づけられる場合、譲渡人は、物の通常の価値に従い賠償を提供しなければならない」。

のが無償契約では問題となりえないためとされている。それゆえ、このような場合においても債務者は「追奪担保」給付のため義務を負わず、一般原則に従った責任を負うに過ぎないという。しかしこの理由をもって、この場面が債務者は無償契約の場合に追奪に関して責任を負わないという原則からの例外であるとするのは正当でないという。普通法によれば、追奪のための担保給付を契約上義務づけられる債務者は、悪意のために追奪担保給付を義務づけられる場合とは異なって、利害関係を有する *quod interest* ためではなく、物の評価 *aestimatio rei* のために責任を負わなければならないと主張された⁽¹¹³⁾。このことから、瑕疵を知りながら黙秘していた場合に債務者が負う追奪担保責任と、合意によって無償契約債務者が追奪のために責任を負うとされた場合の追奪担保責任とがそれぞれ別個の性質であると考えられていたようである。

瑕疵担保責任について規定する 191 条については、第 47 回会議（1863 年 6 月 1 日）において重要な議論がなされている⁽¹¹⁴⁾。それは「悪意」の具体的内容と損害賠償の対象に関わる問題である。議事によれば、この「悪意」に該当するものは、起草担当者の意図によれば瑕疵の単なる黙秘では足りず、たとえばある者がそれによって受贈者のその他の馬をも同様の病気に罹らしめるために鼻疽をもつ馬をあえて贈与する場合に存在するような、まさに相手を害するための意図が存在することが必要であるとされた。しかし同時に、単なる悪意の黙秘を理由に瑕疵担保責任を課す必要から、追奪担保責任の場合と同様の基準を用いることも提案された。なぜなら、物に瑕疵があることについて悪意で贈与する者は、他人の物の贈与と同様に善良なる風俗に反しているからであるという。

他方で損害賠償の範囲に関する主張も提起されている。すなわち贈与者は、贈与した物に瑕疵があった場合において、その物によって受贈者のその他の財産に生じた損害のためのみ責任を負うべきであり、その瑕疵のために物それ自体が被っている損害のために責任を負うのではないという。起草担当者としては、贈与物の瑕疵のために生ずる損害について、贈与者によって予見されていた不利益のみならず、その発生を贈与者が予見しなければならなかった損害をもまた含めるのであれば、この見解に賛同するとされている。その他の委員は、それに応ずるのであれば、この種の損害に対する贈与者の責任は、悪意の黙秘の場合に限定されることなく、過失ある黙秘の場合にも認められなければならないという。

このように、損害賠償の対象が物の価額それ自体ではなく目的物の瑕疵のために債権者のその他財産等に拡大的発生した損害にまで及ぶのであれば、単なる悪意による黙秘ではなく加害の意思が必要であるとの意見が出されたものの、結局は追奪担保責任との平仄のため、いわゆる害意などではなく単なる悪意による黙秘で責任が生ずるとされた。

2 帰責のための基準

ドレスデン草案では 228 条以下において、利益原理に従った帰責基準の規定が置かれて

⁽¹¹³⁾ *Werner Schubert* (eingl. u. hrsg.), *Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes*, Bd. 1, 1984, S. 594.

⁽¹¹⁴⁾ *Schubert*, a, a. O. (Fn. 113), S. 643.

いる⁽¹¹⁵⁾。228 条および 229 条は、それぞれ利益原理に応じた帰責基準と重過失および軽過失の定義を置く。230 条は利益原理の例外として、ザクセン民法典 729 条のように他人の代理人として行為する者の責任を加重している。これに関しては、本質的な議論はとくにはなされなかったようである。

3 贈与契約

ドレスデン草案は 422 条以下を債務関係各則とし、497 条以下に贈与契約を定める。504 条が贈与者の責任を定める規定となっているが、内容としては目的物の引渡義務のみを定め、担保責任に関しては総則規定を参照させるにとどまる⁽¹¹⁶⁾。ここでは帰責基準に関する参照規定は置いていない。議事録においても、贈与者の責任に関してとくに議論は見られない⁽¹¹⁷⁾。

4 使用貸借契約

598 条以下は使用貸借契約に関する規定となっているが、ここでは追奪担保責任に関する規定のみが置かれている⁽¹¹⁸⁾。提案段階においては、物の隠れた瑕疵のための責任に関する規定もあったが、第 302 回会議における提案によって最終的には削除された。その理由は以下のようにになっている⁽¹¹⁹⁾。

すなわち、①第一読会草案 655 条（隠れた瑕疵のための使用貸借貸主の責任に関する規定）は、貸主の責任義務の要件を悪意としているが、契約が相手方当事者の利益のみを目的とする場合には、利益を得ない当事者は悪意および重大な過失のためにのみ責任を負うという一般原則と一致しない。②655 条は第一読会草案 202 条（物の瑕疵のための責任）に一致するが、同草案 242 条後段には一致しないと指摘された⁽¹²⁰⁾。しかし、ここでは後者が適用さ

⁽¹¹⁵⁾ 228 条：「債務関係にある者は、その債務関係が他方当事者の利益のみを目的としている場合、故意および重大な過失のためにのみ責任を負う。通常人が用いるのが常である注意さえ用いない者は、重大な過失の責がある」。229 条：「債務関係の本質および内容に従い、債務関係に自己の利益を有している者は、軽過失のためにもまた責任を負う。注意深い家父長が用いるのが常である注意を用いない者は、軽過失の責がある」。230 条：「他人の代理人として行為を行う者は、他人に対し、たとえその者が行為の実行から利益を得ていなくとも、軽過失のために責任を負う」。

⁽¹¹⁶⁾ 504 条：「生前贈与契約により、贈与者は、約束した給付を実現すること、とりわけ、受贈者に約束した目的物を自己の物として譲渡し、そしてこの目的物が物である場合、引き渡すことを義務づけられる。これについて、171 条、191 条、299 条、そして 327 条の各規定が適用される」。なお、299 条は利息の免除を定め、327 条は無償債権譲渡の場合の債権の法的状態 *rechtliches Bestand* に関する責任制限を定める。

⁽¹¹⁷⁾ *Werner Schubert* (eingl. u. hrsg.), *Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes*, Bd. 3, 1984, S. 1962, 2072.

⁽¹¹⁸⁾ 601 条：「使用貸借貸主が、権限なく他人の物を貸借し、このことを借主に悪意で黙秘していた場合、借主が貸借物の契約にかなった使用において、その物の権利者によって妨害されるならば、貸主は借主に損害を賠償する義務を負う」。

⁽¹¹⁹⁾ *Werner Schubert* (eingl. u. hrsg.), *Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes*, Bd 6, 1984, S. 4398. 601 条の前身である Anlage B: 638 条では、帰責のために悪意のみならず、予見可能性という過失要素をも含まれており、悪意のみを問題としていた同 637 条（隠れた瑕疵のための責任）との関係が議論された。Vgl., *ders.*, a. a. O. (Fn. 119), S. 2258 ff.

⁽¹²⁰⁾ ここで挙げられている 242 条後段は、次のような内容になる。「契約関係にある者が、軽過失に由来

れるべきとされた。その理由は、貸主はその帰責性による損害、したがって貸借目的物の隠れた瑕疵によって借主に生じた損害に関して、貸主に悪意および重大な過失があるならば責任を負わなければならないであろう。しかし、このことはとくにここで述べる必要はなく、いくつかの場合についてのみ問題となる 655 条は削除される方がよりよいであろうとされた。

5 委任契約

687 条以下が委任契約に関する規定であるが、受任者の責任に関わるような規定は見当たらない。利益原理からの法定の例外として、230 条に従い受任者は軽過失のためにも責任を負うことになるものと思われる⁽¹²¹⁾。

6 寄託契約

732 条以下が寄託契約に関する規定となっているが、受寄者の義務について述べる 735 条は、受寄者は義務づけられた注意を実行するということと、寄託物と受寄者自身の物とが同時に危険に晒された場合について定めるに過ぎない⁽¹²²⁾。議事録では、受寄者は故意と重大な過失の場合に責任を負い、報酬が約束されると軽過失のためにも責任を負うとし、第 2 文については、使用貸借契約との利益状況の違いに言及し、寄託契約はあくまで寄託者の利益のための契約であるので寄託物を優先して保護する義務はないとする⁽¹²³⁾。そしてこのことは、ALR、オーストリア民法典、ザクセン民法典、ヘッセン草案、そしてバイエルン草案に一致するという⁽¹²⁴⁾。

二 後期普通法学説における無償契約債務者の責任制限法理

ドイツ普通法時代における主だった地方特別法や各民法草案規定における無償契約債務

する違法行為によって他方契約当事者に損害を与えた場合、たとえその者が、契約から故意および重大な過失のためにのみ責任を負わなければならないとしても、損害賠償の責任を負う」。Vgl., Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetz über Schuldverhältnisse (nach den in erster Lesung festgestellten Beschlüssen), Dresden, 1865, S. 43, in: *Werner Schubert* (eingl. u. hrsg.), *Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes*, Bd. 5, 1984.

⁽¹²¹⁾ なお、689 条 1 項は「委任事務の実行に対する報酬は、報酬の合意がある場合にのみ委任者によって給付されなければならない」とし、同 2 項は黙示でも報酬の支払いが義務づけられる場面を規定する。

⁽¹²²⁾ 735 条：「受寄者は、寄託物を、自己に義務づけられた注意をもって保管する義務を負う。しかし、受寄者は、寄託物と自己の物とに同時に迫っている危険に際し、たとえ寄託物がより価値ある物であったとしても、自己の物を顧みないで寄託物を保護する義務を負わない。受寄者が、そのような危険の際、寄託物ではなく自己の物を保護した場合、寄託者は、受寄者が彼に義務づけられた注意の使用のもと、受寄者の物と並んで寄託物をも保護しえたであろうということを証明しなければならない」。

⁽¹²³⁾ *Werner Schubert* (eingl. u. hrsg.), *Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes*, Bd. 4, 1984, S. 2639 f.

⁽¹²⁴⁾ なお、議事録においては、無償性は寄託にとって本性的要素 *naturale negotii* であるとして、物の保管のために報酬が合意された場合は、雇用契約となるとする意見も出されたが、決議によって否定された (Vgl., *Schubert*, a. a. O. [Fn. 123], S. 4475)。委任においても、有償委任が草案上承認されている (689 条)。

者の責任に関する規定を見ると以上のようになる。いくつかの相違点もあるものの、基本的にはローマ法において見られた利益原理に従い、無償契約債務者については利益を得ない者として、その責任や注意義務を制限するという措置が取られていることがわかる⁽¹²⁵⁾。

以下では、ドイツ普通法学説では無償契約債務者の責任についてどのように論じられていたのかを整理することとしたい。

(一) 帰責のための基準

普通法学説においても、当事者が責任を負うための基準について、各当事者が契約から利益を得るか否かを基準にそれぞれが義務履行に用いるべき注意義務の程度や責任を負うべき基準が決定されるべきとされている。これについて、たとえば *Dernburg* はローマ法に倣い以下のようにいう。すなわち、「債権者の利益においてのみある債務を引受けた者は、その責任要件を悪意および重大な過失に制限される。ローマ法学は、この法原則を寄託から抽出した。寄託の場合、報酬を受取らない受寄者は、悪意および重大な過失のためにのみ責任を負う」という⁽¹²⁶⁾。そして「しかし、ローマ法学は決してこの原則にただ固執したのではない。自ら寄託を引受けることを申し出た者は、あらゆる帰責性のために責任を負う」とする。また、「受任者は、委任を無償で引受けるにもかかわらず、あらゆる帰責性のために責任を負う。したがって、取引における利益を考慮したこの法原則は、まさに最も重要な場合において適用されないものとなっていた」とする⁽¹²⁷⁾。*Göschen* も、「債務関係から利益を得ない者は、悪意のためにのみ責任を負う。それはたとえば受寄者である。一方で、かの債務関係から利益を得ている者は、悪意のためのみならず軽過失のためにもまた責任を負わなければならない。それもこのとき、その相手方も債務関係から同様に利益を得ているか否かという点は問題とならない。前者については使用貸借、後者については売買や賃貸借が例

⁽¹²⁵⁾ ただし、当事者が契約から利益を得るか否かという基準を帰責基準の決定原則として用いるという構成の採用が、ローマ法に従ったがゆえなのかあるいは偶然にローマ法と一致したにすぎないのかについては明確でない。

⁽¹²⁶⁾ Vgl., *Heinrich Dernburg*, Pandekten, Bd. 2, 5. Aufl., 1897, S. 104. *Windscheid* は、「利益を得ない者は、重大な過失のためにのみ責任を負うという原則は、すでに普通法において全く破られており、BGB にとってはもはや決して原則たり得ない」という。Vgl., *Bernhard Windscheid / Theodor Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Aufl., 1906, S. 105.

⁽¹²⁷⁾ そのほか、たとえば *Johann Nepomuk von Wening-Ingenheim*, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, Bd. 1, 3. Aufl., 1827, S. 478 f.; *Christian Friedrich Mühlenbruch*, Lehrbuch des Pandekten-Rechts, Bd. 2, 3. Aufl., 1840, S. 298 f.; *Karl August Dominikus Unterholzner*, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, Bd. 1, 1840, S. 280 ff.; *Carl Georg Wächter*, Handbuch des im königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. 2, 1842, S. 786 f.; *Christian Friedrich Mühlenbruch*, Lehrbuch des Pandekten-Rechts, T. 2, 4. Aufl., S. 314 f.; *Anton Friedrich Justus Thibaut*, System des Pandekten Rechts, Bd. 1, 9. Aufl., 1846, S. 116; *Johann Adam Seuffert*, Praktisches Pandektenrecht, Bd. 1, 4. Aufl., 1860, S. 120; *Ludwig Arndts Ritter von Arnesberg*, Lehrbuch der Pandekten, 9. Aufl., 1877, S. 426 f.; *Aloys Brinz*, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 2, Abt. 1, 2. Aufl., 1879, S. 256 f.; *Julius Baron*, Pandekten, 6. Aufl., 1887, S. 401; *Otto Wendt*, Pandekten, 1888, S. 550 f., 592 (「とりわけ寄託がこれに対比されるのであり、なぜならここでは引受けることに利益がない nulla utilitas accipientis からであり、そしてしたがってここでは文言に従って債務者の責任は悪意に限定されるべきである」とする)；*Eduard Hölder*, Pandekten, 1891, S. 310 f.

である」とする。そしてこの原則からの例外については、「この原則は一定の修正を受ける場合がある。まず第一に、債務関係から利益を得ていない者でも、その者が相手方の代理人として行為する場合には、軽過失のために責任を負わなければならない。委任、事務管理、後見がそうである」とする⁽¹²⁸⁾。

このように、ローマ法に見られた原則である、債務者が利益を得るかどうかに応じて債務者が責任を負うべき帰責性の程度を区別づけるという利益原理に従う見解がある一方で、利益原理に従わない見解も散見される。たとえば *Wächter* は、債務者に対しては「原則として注意深い家父長の注意が要求される。したがって、責任を生じさせるであらうあらゆるもののため、すなわちすべての過失のために債務者は責任を負う」ことが原則であるとし、以下の場合にその原則が適用されるとする。すなわち、①自らの負う債務が自らの利益に資すべきこととなる債務者。②利益を得ることなく単に負担のみを引き受ける当事者であっても、取引に関して申込まれることなしに自ら取引を申し出あるいは強要する場合（たとえば受寄者）、あるいは受任者のように他人の取引や事務を処理することを引き受ける場合にはあらゆる過失のために責任を負う。③あらゆる債務者は、遅滞にある場合、遅滞中はあらゆる過失のために責任を負わなければならないという⁽¹²⁹⁾。そしてこれに対して、単に悪意および重大な過失のためにのみ責任を負うことは例外であるとする⁽¹³⁰⁾。利益原理では、利益を得る＝重い責任、利益を得ない＝軽い責任が原則であり、利益を得ない当事者でも重い責任を負うような場合（たとえば委任契約における受任者の場合）が例外とされた一方で、*Wächter* は、およそ債務者は善良なる管理者の注意を要求されるのであり、そうでない場合＝利益を得ない当事者が責任制限を受ける場合は例外であるとしている。同じく *Windscheid* も、悪意および過失のために責任が生ずることが原則であり、債権者のみが利益を得る債務関係の場合には例外に服するとする⁽¹³¹⁾。*Dabelow* の見解は *Wächter* や *Windscheid* よりも古い見解であるが、この傾向をさらに進めており、利益原理そのものを放棄すべきとする。すなわち、「原則は以下になる。すなわち、両当事者が法律行為から利益を得る場合、彼らは互いに軽過失のために責任を負わなければならない。一方当事者のみが法律行為から利益を得、他方当事者は全く利益を得ないという場合、他方当事者は重大な過失のためにのみ責任を負うなどとされている。実際にはあらゆる法律上の根拠がないという状態であり、（少なくとも例外が多く見受けられ、その結果それについてこの

⁽¹²⁸⁾ *Johann Friedrich Ludwig Göschel*, Vorlesungen über des gemeine Civilrecht, Bd.2, 2. Abt., 1839, S.67 f.

⁽¹²⁹⁾ *Carl Georg von Wächter*, Pandekten, Bd. 1, 1880, S. 449. また, *Georg Friedrich Puchta*, Pandekten, 12. Aufl., 1877, S. 406 ff.も悪意または（軽）過失のために責任を負うということが原則であり、プレカリウムや一定の役務提供、そして債務関係から利益を得ない者については公平さに従い責任が例外的に制限されるとする。*ders.*, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. 2, 6. Aufl., 1874, S.97 も参照。

⁽¹³⁰⁾ *Wächter*はその例として受寄者や使用貸借貸主を指摘する。そしてこの例外からのさらなる例外として、当事者が自ら義務を引受けることを申し出あるいは強制する場合、他人の事務処理を債務とする場合がそうであるとする（Vgl., *ders.*, a. a. O. [Fn. 129], S.453）。

⁽¹³¹⁾ *Windscheid / Kipp*, a. a. O (Fn. 126), S. 101.

原則は破たんしているということとなるのであるが) それゆえに、この原則を全く放棄するということが望ましい。まず過失による帰責の個々の場面を扱い、そして次いでどのような一般原則がそこから生じうるかを眺めることが最も好ましいであろう」という⁽¹³²⁾。

(二) 使用貸借契約

使用貸借契約においても、契約が無償であることから貸主の責任制限が論じられている。そこでは、取引が両当事者にとって利益となっているか、あるいは貸主にとってのみ利益となっている場合を除き、一般に貸主は悪意および重大な過失のために責任を負うとされる⁽¹³³⁾。また、貸主が責任を負う場面としては、目的物の期限前の剥奪や、目的物に瑕疵がある場合があげられている。貸借目的物に瑕疵があるために貸主が責任を負うべき要件として、*Dernburg*は貸主が瑕疵を知りながらそれを借主に告げなかった場合とするが、貸主が、借主はこの瑕疵を知っているものと想定しえた場合、そして瑕疵が借主にとっては相当のものでない場合は別とする⁽¹³⁴⁾。

(三) 寄託契約

寄託契約に関しても、無償の受寄者は悪意または重大な過失によって生じた損害を賠償する義務を負うとされるが、特別な合意がある場合や受寄者が契約を強要する場合などには悪意および軽過失のために責任が生ずるとされる⁽¹³⁵⁾。*Holzschuher*は寄託に関連して、好意に基づいてのみ役務を提供する者は、最高度の帰責性がある場合にのみ責任を負うべ

⁽¹³²⁾ *Christoph Christian Dabelow*, Handbuch des Pandekten-Rechts in kritischer Revision, T.2, 1817, S.370 f. そして、「上記ですでに述べられているのは次のことである。すなわち、過失による帰責の場合、人間一般の理解力および能力が前提とされなければならない、個人のそれや特定のそれではない。しかし、個々の場合において特にこの個別的な理解力や能力が参照される場合は別とするということである。この主張は、所与の原則のもとでも考慮されなければならない、その結果、そこでは一定程度の過失のための帰責が決定されることとなり、また常に抽象的過失が採用されうる。そしてそのことから、様々な場合に関する例外、具体的過失のための帰責に関する例外が見出されるであろう」とする。

⁽¹³³⁾ *Dabelow*, a. a. O. (Fn. 132), S. 548; *Wening-Ingenheim*, a. a. O. (Fn. 127), S. 551; *Ferdinand Mackeldey*, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 10. Aufl., 1833, S. 257; *Götschen*, a. a. O. (Fn. 128), S. 310; *Karl August Dominikus Unterholzner*, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, Bd. 2, 1840, S. 559 (*Unterholzner*はさらに、この場合の悪意のための責任はさらに緩和されて理解されており、全く明白な不注意が要求されているとする); *Thibaut*, a. a. O. (Fn. 127), S. 402; *Rudolph Freiherrn von Holzschuher*, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, Bd. 3, 2. Aufl., 1858, S. 525; *Friedrich Ludwig von Keller*, Pandekten, Bd. 2, 2. Aufl., 1867, S. 24; *Johann Adam Seuffert*, Praktisches Pandektenrecht, Bd. 2, 4. Aufl., 1867, S. 198 f.; *Carl Friedrich Ferdinand Sintenis*, Das praktische gemeine Civilrecht, Bd. 2, 3. Aufl., 1868, S.557 f.; *Puchta*, a. a. O. (Fn. 129), S. 487; *Arndts*, a. a. O. (Fn. 127), S. 498; *Baron*, a. a. O. (Fn. 127), S. 471; *Windscheid / Kipp*, a. a. O. (Fn. 126), S. 597.

⁽¹³⁴⁾ *Dernburg*, a. a. O. (Fn. 126), S.246, insb. Fn.17. また、*Sintenis*も目的物の隠れた瑕疵の場合の貸主の責任に言及するが、そこでは悪意のみが問題とされている。Vgl., *Sintenis*, a. a. O. (Fn. 127), S. 557 f.

⁽¹³⁵⁾ *Wening-Ingenheim*, a. a. O. (Fn. 127), S. 621; *Mackeldey*, a. a. O. (Fn. 133), S. 258; *Mühlenburch*, a. a. O. (Fn. 127), S. 380; *Thibaut*, a. a. O. (Fn. 127), S. 403; *Keller*, a. a. O. (Fn. 133), S. 19; *Seuffert*, a. a. O. (Fn. 133), S. 202; *Sintenis*, a. a. O. (Fn. 133), S. 565; *Puchta*, a. a. O. (Fn. 129), S. 488; *Arndts*, a. a. O. (Fn. 127), S. 499; *Carl Georg von Wächter*, Pandekten, Bd. 2, 1881, S. 444; *Aloys Brinz*, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 2, Abt. 2, 2. Aufl., 1882, S. 609; *Baron*, a. a. O. (Fn. 127), S. 473; *Dernburg*, a. a. O. (Fn. 126), S. 250; *Windscheid / Kipp*, a. a. O. (Fn. 126), S. 602.

きという原則が存在するという⁽¹³⁶⁾。*Sintenis*は、受寄者は寄託物の滅失および劣化のために重大な過失のある場合に責任を負うが、寄託が受寄者の利益に基づいて行われた場合、受寄者にはより高度な注意が課せられるという⁽¹³⁷⁾。*Götschen*は、原則として受寄者は悪意およびこれと同視しうるもの（重大な過失）のために責任を負うとし、その理由を受寄者が利益を得ないことに求めている⁽¹³⁸⁾。*Unterholzner*は無償受寄者の責任制限について、たとえ受寄者が注意深くない者であったとしても、自身の財産を不注意な者に委ねた寄託者は、そのことから生じた結果につき自らの負担とする必要があるというように、受寄者の選択について寄託者に落ち度があるということをも責任制限の根拠として指摘する⁽¹³⁹⁾。*Dabelow*も同様に、「第一は、寄託の場合常に好意が前提とされている。…第二には、損害賠償の給付はこれについて受寄者に悪意および重大な過失のある場合に限定されるが、それというのも、受寄者の選択においてはより注意深くあるべきためである。したがってここでは、寄託契約はわれわれにとって友人間での取引として現れるのであり、特別な信頼を前提とする取引として現れる。その取引のもとでは、友人の注意についての思い違いがあるのであれば、それゆえに寄託者本人がリスクを負担することとなる」と指摘する⁽¹⁴⁰⁾。

他方、*Wening-Ingenheim*は、受寄者は悪意または過失のために責任を負うとするのみである⁽¹⁴¹⁾。

（四）委任契約

委任契約における受任者の責任に関しては *Förster* の指摘するように⁽¹⁴²⁾、論者によって見解が分かれている。

多数の見解は、受任者は、委任者の代理人として行動しているのであり委任の実行に際して最大限の注意を払わなければならない、そのために、あらゆる過失のために責任を負わなければならないとする⁽¹⁴³⁾。たとえば *Windscheid* は、受任者が契約から利益を得ていないに

⁽¹³⁶⁾ *Holzschuher*, a. a. O. (Fn. 133), S. 543. ただし具体的な理由づけはないようである。

⁽¹³⁷⁾ *Sintenis*, a. a. O. (Fn. 133), S. 565.

⁽¹³⁸⁾ *Götschen*, a. a. O. (Fn. 128), S. 314. なお、*Götschen*は、例外的に受寄者が軽過失のためにも責任を負う場合として、受寄者が寄託を強制した場合や、受寄者の利益のために寄託が行われた場合を挙げる。

⁽¹³⁹⁾ *Unterholzner*, a. a. O. (Fn. 133), S. 665 f. なお、受寄者の契約責任と不法行為責任（アクイリア法）との関係についても言及し、アクイリア法に従えば、受寄者はあらゆる帰責性のために有責となるが、これは契約責任ではないので相続されず、また積極的加害行為の場合に限定されるとする。

⁽¹⁴⁰⁾ *Dabelow*, a. a. O. (Fn. 132), S. 418.

⁽¹⁴¹⁾ *ders.*, a. a. O. (Fn. 127), S. 621. 理由としては、一般原則によるとし、ローマ法の法文を挙げるにとどまっている。しかし、彼の述べる原則によれば、契約から利益を得ない者は重大な過失のために責任を負うこととなる（Vgl., *ders.*, a. a. O. [Fn. 127], S. 478）。

⁽¹⁴²⁾ 前掲注(61)参照。

⁽¹⁴³⁾ *Wening-Ingenheim*, a. a. O. (Fn. 127), S. 653; *Mackeldey*, a. a. O. (Fn. 133), S. 247; *Götschen*, a. a. O. (Fn. 128), S. 426; *Mühlenburch*, a. a. O. (Fn. 127), S. 459; *Thibaut*, a. a. O. (Fn. 127), S. 403; *Keller*, a. a. O. (Fn. 133), S. 29; *Seuffert*, a. a. O. (Fn. 133), S. 249; *Sintenis*, a. a. O. (Fn. 133), S. 583; *Puchta*, a. a. O. (Fn. 129), S. 491; *Arndts*, a. a. O. (Fn. 127), S. 505; *Wächter*, a. a. O. (Fn. 133), S. 450; *Aloys Brinz*, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 2, Abt. 2, 2. Aufl., 1882, S. 609; *Baron*, a. a. O. (Fn. 127), S. 521; *Wendt*, a. a. O. (Fn. 127), S. 601 f.; *Dernburg*, a. a. O. (Fn. 126), S. 321; *Windscheid/Kipp*, a. a. O. (Fn. 126), S. 800.

もかわらず、あらゆる過失のために責任を負うという理由を以下のように説明する。すなわち、「…他人のために何かを実行するつもりであるという約束においては、黙示的に十分に注意を果たすという約束も存在する」という⁽¹⁴⁴⁾。*Götschen*も受任者は最大限の注意を用いるべきとするが、*Windscheid*のように契約における黙示的合意にその理由を求めるのではなく、受任者が委任者の「代理人」として行為する点を強調する⁽¹⁴⁵⁾。

その一方で *Unterholzner* は、受任者は背信的に（悪意で）損害を引き起こした場合にのみ損害賠償の義務を負うとし、そしてこの義務をさらに拡張することは許されないとする。すなわちそれは、受任者は債務関係から利益を得ず単に好意から行動しているに過ぎないからであるとする⁽¹⁴⁶⁾。

（五）贈与契約

贈与はローマ法の初期においては契約とはみなされていなかったが、普通法時代にあつては立法例や各草案におけるのと同様に、学説上も一般に契約の一類型として認められている⁽¹⁴⁷⁾。贈与契約の債務者である贈与者の責任についても制限が認められており、その他各無償契約類型と同様に贈与者は悪意または重大な過失の場合にのみ責任を負うとされ、そして追奪担保や瑕疵担保について原則として責任を負わないとされている⁽¹⁴⁸⁾。たとえば *Dernburg* は、贈与者は一般に悪意または重大な過失のために責任を負うとする⁽¹⁴⁹⁾。担保責任に関して *Windscheid* は、特定物贈与に関して限定したうえで、他人物が贈与され

⁽¹⁴⁴⁾ *Windscheid / Kipp*, a. a. O. (Fn. 84), S. 800 Fn. 4.

⁽¹⁴⁵⁾ *Götschen*, a. a. O. (Fn. 86), S. 426 f.

⁽¹⁴⁶⁾ *Unterholzner*, a. a. O. (Fn. 133), S. 593, insb. Fn. h. として、あらゆる過失のために責任を負うという義務が、委任の引受けから直接に生じることが問題とされうような場合もまた存在しないとする。なお *Sintenis* によれば、過去においては、受任者は取引から利益を得ていないので軽過失のために責任を負う必要はないと考えられていたと指摘する。このことから、比較的近時においてはもはや *Unterholzner* のような考え方が少なくなっているとして想定できる。Vgl., *ders.*, a. a. O. (Fn. 133), S. 583 Fn. 28. また、*Holzschuher* も受任者は悪意およびあらゆる過失のために責任を負わなければならないとする原則に忠実に従うことは過酷であるが、一般的な見解としてはこの原則に従うことに落ち着いており、その理由はあらゆる為す債務について最大限の注意が必要であり、そしてその場合にのみ事務処理が達成されるためにこの注意が黙示に条件づけられているというローマ法原則に見いだされるとする。*ders.*, a. a. O. (Fn. 133), S. 571 f.

⁽¹⁴⁷⁾ *Dernburg* は、贈与を、使用貸借や寄託などと並ぶ自由かつ寛大な取引のひとつとして、契約による気前の良い財産的援助と説明する。*ders.*, a. a. O. (Fn. 126), S. 290.

⁽¹⁴⁸⁾ *Wening-Ingenheim*, a. a. O. (Fn. 127), S. 604; *Mackeldey*, a. a. O. (Fn. 133), S. 281; *Götschen*, a. a. O. (Fn. 128), S. 449, 453; *Mühlenburch*, a. a. O. (Fn. 127), S. 482; *Thibaut*, a. a. O. (Fn. 127), S. 381; *Holzschuher*, a. a. O. (Fn. 133), S. 434; *Seuffert*, a. a. O. (Fn. 133), S. 91, S. 91 Fn. 10, S. 209; *Sintenis*, a. a. O. (Fn. 133), S. 583; *Wächter*, a. a. O. (Fn. 133), S. 434; *Baron*, a. a. O. (Fn. 127), S. 128; *Wendt*, a. a. O. (Fn. 127), S. 178 f. *Mühlenbruch* は、贈与者は物の追奪または性状瑕疵のため、その悪意あるいは（担保の）約束のある場合に責任を負うとするが、これに加えて贈与者の財産に属する種類物の贈与（*donatio generis*）の場合もまた、物がまだ全体として存在する限りで追奪担保義務が存在するという。*ders.*, a. a. O. (Fn. 84), S. 459. *Unterholzner* は、贈与者は給付不能について悪意の場合にのみ責任を負い、単なる過失のための責任は、それが約束されていた場合は別として、贈与者が利益を全く得ないために主張されえないとする。*ders.*, a. a. O. (Fn. 133), S. 500.

⁽¹⁴⁹⁾ *Dernburg*, a. a. O. (Fn. 126), S. 295. ただし贈与者が賠償責任を負う場合の要件と、その賠償の対象および範囲に関しては、全く意見が一致していたのではなく議論があったようである。Vgl., *Sintenis*, a. a. O. (Fn. 127), S. 554 Fn. 5.

たことが明らかになり、それに伴って追奪が生じた場合でも贈与者は追奪担保責任を負わず、また物の瑕疵のためにも責任を負わないとする。そしてその理由を、「贈与者は贈与物を自らが有しているままに贈与する」ということにあるとする⁽¹⁵⁰⁾。

なお、*Windscheid*のように贈与における追奪担保責任に関しては目的物の特定不特定に依じて担保責任制限の有無を区別づける見解が多く見られる。特定物贈与の場合には追奪担保責任は原則として制限されるが、種類物贈与の場合には追奪担保責任が生ずるとする見解が支配的であるとされる⁽¹⁵¹⁾。一方で *Dernburg* は、贈与約束ののちに第三者の所有に属する馬を購入し贈与する場合と、そのような馬を購入したのちに贈与する場合とで結論が全く異なることは奇異であるとして、贈与者は目的物が種類物であろうと特定物であろうと、第三者による追奪可能性について悪意であるかまたは重大な過失により知らなかったという場合に担保責任ありとする⁽¹⁵²⁾。

このように、種類物贈与において追奪が生じた場合、贈与者がどのような義務を負うのかについて意見の相違が見られる。第一に、たとえば *Wendt* は、特定物贈与の場合には追奪担保責任は生じないとするが、種類物贈与の場合において他人物贈与が行われ、結果として追奪が生ずる場合、債務者による履行はそもそも適切な履行ではないとし、受贈者には依然として履行請求権が生じるとする⁽¹⁵³⁾。*Sintenis* は、目的物が追奪されたということは目的物が全く給付されなかったこととみなしうるのであって、受贈者はその他の追奪可能性のない種類物の引渡しによる贈与約束の履行請求権を有しているとする⁽¹⁵⁴⁾。なお、すでにみたように *Windscheid* も種類物贈与の追奪の場合にはそもそも未履行であるとするが、種類物贈与の追奪という場面において受贈者に認められる権利につき、受贈者の選択によって、他の種類物の給付かあるいは追奪によって生じた損害の賠償（物の保持における利益）とのどちらかが生ずるという⁽¹⁵⁵⁾。

第二に、贈与者は原則として追奪のために責任を負わないが、種類物贈与の場合に追奪が生ずると、このときには追奪担保責任に代わる責任が生ずるという見解である。たとえば *Puchta* は、追奪担保給付は贈与の本質と矛盾すること、そもそも追奪担保は有償契約を前提とすることから、種類物の追奪の場合には贈与者の給付義務は未履行であるという⁽¹⁵⁶⁾。そしてこのとき贈与者が負う責任は、追奪担保責任はその性質上有償契約における追奪の場合に限定されるため、追奪担保では決してないとする。ただし、このときに生ずる責任がどのような責任であるのかについてはとくに説明はない。種類物の給付義務が未履行であ

⁽¹⁵⁰⁾ *Windscheid / Kipp*, a. a. O. (Fn. 126), S. 553 f., S. 553 f. Fn. 8 f. 種類物贈与の場合で追奪が生ずるときはそもそも履行がなされていないとする。

⁽¹⁵¹⁾ *Wening-Ingenheim*, a. a. O. (Fn. 127), S. 775 f.; *Thibaut*, a. a. O. (Fn. 127), S. 352, 415; *Windscheid / Kipp*, a. a. O. (Fn. 126), S. 553 Fn. 8.

⁽¹⁵²⁾ *Dernburg*, a. a. O. (Fn. 126), S. 293, insb. Fn. 6.

⁽¹⁵³⁾ *Wendt*, a. a. O. (Fn. 127), S. 178.

⁽¹⁵⁴⁾ *ders.*, a. a. O. (Fn. 133), S. 554 Fn. 5. 同旨として, *Baron*, a. a. O. (Fn. 127), S. 128.

⁽¹⁵⁵⁾ *Windscheid / Kipp*, a. a. O. (Fn. 126), S. 533 Fn. 8.

⁽¹⁵⁶⁾ *ders.*, Vorlesungen, a. a. O. (Fn. 129), S. 225. この場合にはそもそも債務が履行されていないととらえるようである。

とすることからは、遅滞による責任であると考えられようか。

第三に、すでにみたように *Dernburg* によれば、贈与の目的物が特定物か種類物かに分けて贈与者の責任を区別づけることには理由がなく、贈与者は目的物がどうであるかに関わらず、悪意または重大な過失がない限り責任を負うとされている。

追奪や物の瑕疵のための損害賠償の範囲に関しては、*Savigny* は、担保責任について贈与者は悪意のためにのみ責任を負うが、責任の内容として、代金減額は対価が存在しないためにありえないとする。そして、たとえば受贈者が自己の財産から物に対して消費したもの、そしてそれによって受贈者が贈与以前の状態よりも現在窮乏しているという点についての賠償が、贈与者が悪意の場合に負うべき担保責任の内容として問題となるとする⁽¹⁵⁷⁾。このことから、贈与者は目的物の追奪や瑕疵については責任を負うが、その内容は有償性の原理に基づく担保責任ではないと理解されていたこととなる。ただし *Dernburg* は、とくに贈与者が悪意または重大な過失で他人の物や瑕疵ある物を贈与した場合、物の瑕疵が受贈者所有の物に損害を与える場合には、悪意または重大な過失のある贈与者はその損害を賠償する義務を負うとするように、*Savigny* よりも贈与者の負うべき損害賠償の範囲を広く考えるようである⁽¹⁵⁸⁾。

IV 小 括

以上、ローマ法における債務者の責任を制限する法理に関わる利益原理について概観したうえで、ドイツ普通法時代の各種立法例、後期普通法学説の整理を試みた。そこでは、おおむねローマ法における利益原理がドイツ普通法へと受け継がれていたという流れを確認することができる。以下では、各時代における責任制限の根拠や対象となる責任の性質を中心に端的にその特徴をまとめたい。

一 ローマ法

(一) 責任を負うための基準を決定する原則としての利益原理

ローマ法においては、のちの時代の法史学者らが指摘するように、利益原理と呼ばれる原則が存在していた。すなわち、当該契約から両当事者が利益を得るのか、あるいは一方当事者のみかという基準に従って、当事者らが責任を負う場合の基準を区別づけるという原則である。すなわち、両当事者が契約から利益を得ている場合、当事者らは等しい基準＝悪意および過失のある場合に責任を負うとされた。他方で、契約から利益を得る当事者が、一方当事者のみである場合、利益を得る当事者が責任を負う基準はより厳格（保管責任）に、そして利益を得ない当事者が責任を負う基準はより緩やか（悪意または重大な過失）に設定された。つまり、両当事者がそれぞれ相手方から給付を受ける双務有償契約では、両当事者は

⁽¹⁵⁷⁾ *Savigny*, a. a. O. (Fn. 39), S. 121, insb. Fn. n. *Sintenis*, a. a. O. (Fn. 133), S. 554 Fn. 5 も同旨。

⁽¹⁵⁸⁾ *Dernburg*, a. a. O. (Fn. 126) S.293. 受贈者の既存の財産に対する損害という点では、いわゆる完全性利益侵害のための損害賠償も、悪意・重過失の場合に生ずる担保責任の範囲に含めっていると理解できようか。

等しい基準で責任を負うこととなり、一方の当事者のみが相手方から給付を受け取るにすぎない片務無償契約では、利益を得る債権者の責任基準はより厳格な基準となり、利益を得ない債務者の責任基準はより軽いものとされた。

（二）利益を取得しない債務者が責任基準を緩和される根拠

次に、なぜ利益を得ない債務者が、責任を負うための基準を緩和されるのかという根拠が問題となる。これについては、すでに石本博士は、「…だが公平の思想が支配する限り、責任が実質的に唯一様であってよいとはいつの世にも到底考えられなかった。同一内容の責任であっても、帰責原因すなわちいかなる場合に帰責されるかという構成要件の差異、または同一の構成要件のもとでも責任内容の量の差ということが承認される余地があるべきだというのはあらゆる時代の公平の実現をめざす法の要求である」と指摘され、利益原理の根拠が公平の観念にあることを指摘される⁽¹⁵⁹⁾。しかしこれに加え、ローマ時代の法文には、「懈怠の友人に保管物を委ねた者は、自己について嘆かなければならない…」⁽¹⁶⁰⁾ことや「寛大さ」⁽¹⁶¹⁾という要素も見受けられる。このことから、利益原理に従って利益を得ない債務者がその責任の基準についてこれを軽減されるという根拠は、単に債務者が利益＝給付を得ないということにとどまらず、債務者の寛大さや債権者側の落ち度、さらには公平さといった一般的観念の要請であったことが窺える。

二 ドイツ後期普通法時代

ドイツ後期普通法時代では、ローマ法が普通法として用いられていた時代であるが、債務者の責任についても、ローマ法時代に存在した原則である利益原理を基準とした原則が確立されていたことがわかる。

（一）利益原理の明確化とその根拠

1 利益原理の明確化

ALR やヘッセン草案などの BGB 立法以前の地方特別立法例や法典草案、そしてドイツ後期普通法学説においては、債務者がどのような基準で責任を負うべきかについて、ローマ法において存在した利益原理に従った原則が規定され、支持されている。基本的には以下のとおりである。すなわち、①契約から両当事者が利益を得る場合には、当事者らは等しい基準（悪意・故意および（軽）過失）で責任を負う。②契約から一方当事者のみ利益を得る場合には、契約から利益を得ない当事者は、①の基準よりも緩和された基準（悪意・故意および重過失）で責任を負う。そして③契約から利益を得ないため、本来であれば緩和された基準でのみ責任を負うべき当事者も、他人の代理人として行為する場合など一定の場合には、

⁽¹⁵⁹⁾ 前掲注(5)参照。

⁽¹⁶⁰⁾ 寄託に関して Gai. D. 44, 7, 1, 5。詳しくは前掲本文参照。

⁽¹⁶¹⁾ 贈与に関して Mod. D. 21, 1, 62。詳しくは前掲注(44)参照

緩和されていない通常の基準で責任を負うこととされている。

2 利益原理の根拠

それでは、なぜ普通法時代の各地方特別立法例、法典草案、そして後期普通学説では、このようにローマ法時代に見られた原則である、契約から両当事者が利益を得るのか否かに従って各当事者が責任を負うべき基準を区別する利益原理が採用されたのであろうか。これについては、単にローマ法に従うという理由づけも見られるものの、たとえば利益を得ない当事者の利他主義的好意奉仕の重視⁽¹⁶²⁾、他人の利益のためにのみ給付を行う債務者は、責任義務の拡張によって軽過失のある場合にすでに賠償義務を負うという意図はないという意思の推定も挙げられている⁽¹⁶³⁾。とくに前者のような利益を得ないにもかかわらず無償で給付を行うという債務者の主観的態様としての好意の重視という理由づけは、ローマ法文においても見受けられたところである⁽¹⁶⁴⁾。

(二) 無償契約における担保責任の原則的軽減とその根拠

1 無償契約における担保責任の軽減

ローマ法においては、現代では売買などの際に目的物に瑕疵があり、あるいは目的物に第三者の権利が存在するなどの場合に売主が負う特別な責任である担保責任は、按察官訴権として存在していたということは周知のとおりである。ドイツ普通法時代に在っては、目的物が追奪され、あるいは瑕疵が存在する場合に、売主などは責任を負うとする担保責任が規定されるに至った。ただし、この担保責任は契約上対価の存在しない無償契約においては存在しないものとされている。

2 追奪担保責任・物の担保責任が無償契約において制限される根拠

すでにみたように、ドイツ普通法時代の各種地方特別立法例や法典草案、普通法学説にあつては、追奪担保責任や瑕疵担保責任が制限されている。これに関しては、担保責任が按察官訴権のように有償契約である売買にとってまさに当てはまる責任であるとすれば、売買とは異なつて対価のない無償契約ではそのような担保責任は不要であるということが一つの理由として挙げられている⁽¹⁶⁵⁾。しかし、担保責任の原則制限の理由として挙げられている事項ほかにもある。たとえば、契約が無償である場合は、債務者は好意に基づいて目的物の所有権を譲渡することとなる。この場合に、目的物の追奪に基づいて債務者にその責任を

⁽¹⁶²⁾ ALR. *Koch*, a. a. O. (Fn. 53), S. 42 f.

⁽¹⁶³⁾ ヘッセン草案。Motive für Erstes Buch, in: a. a. O. (Fn. 67), S. 81 f.

⁽¹⁶⁴⁾ ただし、このようにドイツ後期普通法時代に在ってはローマ法に見られる利益原理に従った責任基準の決定原則が支持を得ていたものの、同時代にあつてこの原則の採用に反対する見解も見受けられた。たとえば、*Wächter*や、*Windscheid*、そして *Dabelow*がそうである。それぞれ、*Dabelow*, a. a. O. (Fn. 132), S. 370 f.; *Wächter*, a. a. O. (Fn. 129), S. 449; *Windscheid/Kipp*, a. a. O. (Fn. 126), S. 101.

⁽¹⁶⁵⁾ 瑕疵担保責任に関してヘッセン草案。Motive für Erstes Buch, in: a. a. O. (Fn. 67), S. 93 f.

問うことは、感恩という責務に反する⁽¹⁶⁶⁾。②無償契約の債務者が目的物を譲渡する場合には、ただ相手方にその目的物があるがままに譲渡するという意図だけを有しているといった理由づけである⁽¹⁶⁷⁾。このことから、有償契約で認められるべき担保責任が、無償契約ではその非対価性ゆえに否定されるという単純な図式ではなく、債務者側の主観的側面も重視して責任制限を根拠づけていることがわかる。

⁽¹⁶⁶⁾ 追奪担保責任に関してヘッセン草案。Motive für Erstes Buch, in: a. a. O. (Fn. 67), S.86 f.

⁽¹⁶⁷⁾ 贈与者の担保責任に関してバイエルン民法典。Motive zu den Hauptstücke, in: a. a. O. (Fn. 81), S. 346 f. また、Windscheid / Kipp, a. a. O. (Fn. 126), S. 553 f. Fn. 8 f.

第2章 BGB 立法過程における無償契約債務者の責任制限規定の変遷

I はじめに

本章では、現行ドイツ民法典（BGB）の立法過程において、無償契約債務者のための責任制限規定が設けられるに当たり、どのような議論がなされたのかについて整理検討することを通じ、現在 BGB において規定されている責任制限規定がどのように形成されてきたのか明らかにする。前章ではドイツ普通法時代の立法例・学説において無償契約債務者の責任に関してどのような議論が展開されてきたのかを確認したが、そこではローマ契約法における利益原理のように、当事者が契約から利益を得るか否かを帰責基準の決定原則とすることで、無償契約債務者についてはその責任を制限すべきという志向が具体化されていた。現在の BGB の規定では、贈与（BGB521 条～524 条）、使用貸借（BGB599 条および 600 条）、そして無償寄託（BGB690 条）に無償契約債務者の責任を制限する規定がある。このように、債務法各則における無償契約類型に関する規定では債務者の責任制限を規定するものも存在するが、普通法時代では一般的であった利益原理に従った一般法理としての責任基準決定原則は、現在の BGB では採用されていない。BGB では、BGB276 条において債務者は一般に故意または過失のある場合に責任を負うと規定されるのみである。

BGB では、一定の無償契約において無償契約債務者の責任を制限する規定を設けているという点で普通法に一致する部分もあるものの、BGB 276 条のようにそれとは異なる部分も見受けられる。現在の BGB における無償契約債務者の責任制限規定は、どのような議論を経て立法されるに至ったのであろうか。

II ドレスデン草案と部分草案

一 ドレスデン草案

ドレスデン草案は、1866 年に公表されたのであるが、BGB の立法に向けた債務法に関する条文草案であった⁽¹⁾。ただし、BGB 立法作業の直接の出発点となったとされる立法案は、いわゆる部分草案と呼ばれるものであり、債務法部分については *Franz Philipp von Kübel* が起草を担当した。しかし *Kübel* の個人的事情から、債務法編全体について部分草案を起草ことはかなわなかったようであり、未起草の部分については、ドレスデン草案と *Kübel* の助手らにより作成された資料を基に議論されたという⁽²⁾。このことから、まずドレスデン

⁽¹⁾ ドレスデン草案所収の条文案については、*Bernhard Francke* (hrsg.), *Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866*, in: *Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts*, Bd. 2, 1973 を参照。

⁽²⁾ *Werner Schubert*, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB -Einführung, Biographien, Materialien-*, 1987, S. 43 ff. これに関しては、石部雅亮「ドイツ民法典編纂史概説」同編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会，1999）23-24 頁も参照。また、BGB 立法過程について、鈴木禄弥訳＝フランツ・ヴィーアッカー『近世私法史』（創文社，1961）565 頁以下、平田公夫訳「準備委員会答申『ドイツ民法典起草計画・方法について』」岡山大学法学会雑誌 35 巻 2 号（1985）201 頁，同「ドイツ民法典編纂過程の諸特徴」岡山大学法学会雑誌 45 巻 3 号（1996）1 頁，同「ドイツ民法典編纂史の諸相—とくに法典編纂の諸前提について—」岡山大学法学会雑誌 47 巻 1 号（1997）13 頁も参照。とくに、贈与者について物の瑕疵担保責任の制限を定める BGB524 条の起草過程に関しては、鈴木恵「贈与契約における物の瑕疵をめぐる責任」好美清光先生古希記念論文集刊行委員会編『現代契約法の展開』（経済

草案における無償契約債務者の責任制限規定について、繰り返しになるものの再び概観しておくことが必要と思われる⁽³⁾。

まずドレスデン草案は、債務法総則に当たる箇所において担保責任に関する諸規定と契約当事者が責任を負う基準に関する諸規定とを置いている。

担保責任に関しては、契約が有償である場合と無償である場合とを分けて規定し、契約が無償である場合、債務者は原則として権利の瑕疵および物の瑕疵について責任を負わないとする（同草案 171 条，191 条）。ただし、①債務者が瑕疵について知りながら黙秘していた場合、②担保義務を契約上負う場合をそれぞれ例外とし、この場合には無償契約債務者に担保責任が課せられるとする。

そして契約当事者が不履行のために責任を負うための基準に関しては、契約において、その契約が一方当事者の利益のみを目的としている場合、利益を得ない他方当事者（＝無償契約債務者）は、悪意または重大な過失のある場合にのみ不履行につき責任を負うとする。この場合にその当事者が用いるべき注意の基準を通常人の注意とし、この注意を用いない者は重大な過失があると規定する（228 条）。ただし、他人の代理人として事務を遂行する者は、契約から利益を得ない場合でも軽過失のためにも責任を負うと定める（230 条）。ここには 228 条に対する例外が規定されており、同時に無償委任契約において受任者が契約から報酬（利益）を得ない場合でも重い責任を負う根拠が示されている。

各無償契約類型に関する諸規定では、贈与、使用貸借、寄託についてそれぞれ債務者の責任について定める規定が見受けられる。ただし贈与に関しては、特に贈与者の責任について規定する条文はなく、無償契約における担保責任に関する規定である 171 条および 191 条など総則規定を参照させるにとどまっている（504 条）。使用貸借については、他人物の貸借において、貸主が借主にそのことを悪意で黙秘し、結果として借主が契約に基づく使用を妨害されるならば、損害賠償の義務を負うという規定がある（601 条）。寄託契約において受寄者の注意義務について定める条文は、単に「受寄者は、寄託物を、自己に義務づけられた注意をもって保管する義務を負う。…」とするにとどまる（735 条）。ただし、同草案起草過程における議事録を見ると、受寄者は故意と重大な過失の場合に責任を負うと考えられていたようである⁽⁴⁾。

二 部分草案

Kübel の起草した部分草案債務法編において、無償契約における債務者の責任に関わる条文案は、担保責任に関するもの、債務関係の効果に関するもの、債権譲渡の場合の担保責任に関わるものが挙げられる。贈与や使用貸借などのいわゆる債務法各則中の条文案については、*Kübel* による起草が間に合わず、ドレスデン草案を基に審議が進められたとされ

法令研究会，2000）252 頁以下参照。

⁽³⁾ ドレスデン草案について詳しくは前章参照。

⁽⁴⁾ *Werner Schubert* (eingl. u. hrsg.), *Protocoll der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes*, Bd. 4, 1984, S. 2639 f.

る。

(一) 担保責任について

まず、部分草案債務法編第2部第1章第3款「契約に基づく権利義務」21条および38条は、無償譲渡契約において目的物に権利の瑕疵ないしは物の瑕疵があった場合に債務者の負うべき責任に関して条文案を置く⁽⁵⁾。権利の瑕疵に関する条文案である21条では、無償譲渡契約の場合、債務者は権利の瑕疵のために原則として責任を負わないが、ただし瑕疵や第三者の権利の存在を知らながら黙秘していた場合は、それによって生ずる損害を賠償する義務を負うとする⁽⁶⁾。物の瑕疵のための担保責任に関する38条においても、無償譲渡契約の場合、同じく債務者は原則として物の瑕疵のために責任を負わず、ただし22条の規定する瑕疵を知らながら黙秘していた場合、損害賠償の義務を負うと定める⁽⁷⁾。無償契約における担保責任の免除に関する条文の構造自体は、ドレスデン草案のそれに近い。*Kübel*は、無償契約における担保責任の原則的制限について、これを「現行法と一致」とすると述べるにとどめ、詳細については債権譲渡の場合の譲渡人の責任に関する規定およびその理由を参照せよとする⁽⁸⁾。そこで、当該草案債務法編第4部第1章「債権の譲渡」10条およびその理由を見るに、以下のようにになっている。同10条では、旧債権者が既存の債務なしに、あるいは無償法律行為に基づいて債権を譲渡する場合、新債権者に対して債権の法的状態について原則として責任を負わないとし、ただし債権が存在しないこと、あるいは債務者に支払い能力がないことを知らながら黙秘していた場合、そのことから生ずる損害を賠償する義務を負うとする⁽⁹⁾。これに関して *Kübel* は、「譲渡人は、譲渡したがために責任と義務を負うのではなく、責任と義務は譲渡の原因がそのような義務を内包している場合にのみ生じる。そのため、契約による義務づけあるいは悪意 *dolus* のある場合を別として、以下の

⁽⁵⁾ Vgl., *Werner Schubert* (hrsg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, T. 1, AT.*, 1980, S. 374, 377.

⁽⁶⁾ 21条:「無償譲渡の場合、譲渡人は担保責任を負わない。譲渡人が取得者に、自らの知る権利の瑕疵あるいは第三者の権利を悪意で黙秘していた場合、それによって生ずる損害を賠償する義務を負う。譲渡人が担保責任を特に義務づけられている場合、譲渡目的物の通常の価値以上に取得者に対して賠償をする義務を負わない」。

⁽⁷⁾ 38条:「物の無償譲渡の場合において、譲渡人はその物の瑕疵のために責任を負わない。しかしながら、譲渡人が、22条において挙げられている物の瑕疵を取得者に悪意で黙秘していた場合、譲渡人は取得者にそれによって生じる損害を賠償する義務を負う。譲渡人が瑕疵のために責任を負う義務を負った場合、取得者に瑕疵なき物の通常の価値と瑕疵のある物の契約締結時点での価値との差額を賠償する義務を負う」。なお、22条に規定されている瑕疵とは、「保証した性質についての瑕疵、そして物の危険が取得者に移転した時点で物が通常の使用のため、あるいは契約に従い前提とされたその物の価値あるいは有用性を無にするか相当に減少させるような」瑕疵であるとされている。22条では、有償譲渡契約の債務者はこれらの瑕疵が存在しないことについて責任を負うと規定される。

⁽⁸⁾ *Schubert, Vorlagen*, a. a. O. (Fn. 5), S. 411, 422.

⁽⁹⁾ 10条:「債権の譲渡が、旧債権者における既存の義務なしに、あるいはそれによって旧債権者が債権を譲渡する義務を負うことになる無償法律行為に基づいて行われる場合、旧債権者は新債権者に対して、別段の定めのない限り、債権の法的状態について責任を負わない。旧債権者が、新債権者に、債権が存在しないこと、あるいは債務者に支払い能力がないということを悪意で黙秘していた場合、それによって生ずる損害を賠償する義務を負う」。

場合、譲渡人の責任および義務は存在しない。すなわち、…贈与するという意図において、譲渡された場合である」とする⁽¹⁰⁾。この場合には譲渡人はまさに債権を自らが有していたままに譲渡するという意図のみを有しているがために債権の状態について責任を負わないのであり、そしてこれは物の無償譲渡についても同様であるとする⁽¹¹⁾。ただし例外的に担保責任が問題となる場面もあるとし、それは旧債権者が債権の不存在や債務者の支払無能力を悪意で黙秘していた場合であり、この場合にはそれによって生じた不利益を賠償する義務を負うとする。ここで譲渡人（旧債権者）は、債権の正しい性質について欺かれないという譲受人（新債権者）の有する利益、いわゆる消極的契約利益を賠償しなければならないとする。

無償契約債務者の担保責任の免除に関して部分草案では、無償契約に基づいて給付を行う債務者の主観的意図（目的物や債権をそのままの状態でのみ譲渡すること）が重視され、このために原則として担保責任を免除するが、しかし瑕疵等について債務者が悪意で黙秘していたなどの場合はそれによって債権者に生じた損害を賠償させるという内容となっている。なお損害賠償の範囲については、条文案ではそのことから生ずる損害とされているが、10条に関する説明からは、この損害賠償の範囲は消極的な契約利益に限定されるという意図であったということがわかる。

（二）帰責のための基準⁽¹²⁾

部分草案債務法編第3部第1章「債務関係の効果・総則」196条以下は、債務関係において当事者が負う義務、その義務の履行の際に用いるべき注意義務、そしてその義務違反に対して責任を負う基準を提案している⁽¹³⁾。契約において当事者が不履行のための責任を負う基準について定める196条以下は、ドレスデン草案228条以下に類似する。責任を負う基準については197条が原則を定めているが、同条によれば、債務関係にある当事者らは、互いに故意のためのみならず軽過失のためにも責任を負うとし、注意深い家父長の注意を用いない者は軽過失があるとする⁽¹⁴⁾。そして、198条はこれに対する例外を形成し、契約に基づく債務関係が当事者の一方の利益のみを目的としている場合、利益を得ない当事者は故意および重大な過失のためにのみ責任を負うとする⁽¹⁵⁾。そして199条は198条に対する

⁽¹⁰⁾ *Schubert*, Vorlagen, a. a. O. (Fn. 5), S. 962 f.

⁽¹¹⁾ *Schubert*, Vorlagen, a. a. O. (Fn. 5), S. 963.

⁽¹²⁾ BGB276条の成立史については、*Susanne Würthwein*, Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts, 1990, S. 254 ff.も参照。

⁽¹³⁾ *Schubert*, Vorlagen, a. a. O. (Fn. 5), S. 735. なお、196条は以下のとおりである。196条：「債務関係にある者は、債務関係に基づいてその者に課される義務を、誠実と信義に基づいて、その者が約束し、あるいは法律がその者に課す程度の注意を用いて履行することに、互いに義務づけられる」。

⁽¹⁴⁾ 197条：「債務関係にある者らは、互いに故意のみならず軽過失のためにも責任を負う。注意深い家父長が用いるのが常である注意を用いない者は、軽過失の責がある」。

⁽¹⁵⁾ 198条：「契約に基づく債務関係が、その本質あるいはその内容により、当事者の一方の利益のみを目的としている場合、他方当事者は、その当事者に対して故意および重大な過失のためにのみ責任を負う。通常人が用いるのが常である注意を用いない者は、重過失の責がある」。部分草案では、債務関係にある当事者は、およそ故意および過失のために責任を負うとし、契約から利益を得ない当事者については、そ

さらなる例外を形成し、「法律によって強制されることなく、他人の事務あるいは取引の実行を引受けた者は、仮にその者が事務処理から利益あるいは報酬を得ずとも、その他人に対して軽過失のために責任を負う」とする。

このように、当事者が契約から得られる利益の有無に従って責任を負う基準を規定する理由として、*Kübel*は以下のように述べる。すなわち、「故意および重大な過失のための責任は、あらゆる債務関係において、それに基づいて義務を負う者すべてについて同様に根拠づけられる。その限りで故意および重大な過失はいずれにせよ等しい（197条，198条）。…しかしそれに加えて、ある債務関係に基づいて義務を負う者は、通常、軽過失のためにもまた責任を負う。すでに普通法上、あらゆる過失 *omnis culpa* のために責任が生ずるということは、実際にも原則であった」とする⁽¹⁶⁾。ここで *Kübel*は、債務関係一般において債務者は故意または重大な過失のために必ず責任を負うこと、そして通常は、債務関係にある当事者はあらゆる過失、つまり軽過失のために責任を負うという原則を立て、その根拠を普通法に求めている。

契約から利益を得ない当事者が責任を負う基準を緩和する 198 条については以下のように述べる⁽¹⁷⁾。「とりわけある債務関係が一方当事者（債権者）にとってのみ利益となる場合、債務関係の本質に従ってであれ、当事者らの合意によってであれ、結局は債権者の利益にのみ奉仕することとなる点が考慮され」るため、利益を得ない当事者の責任に配慮する必要があるとする。この例外は、契約関係においては以下のような根拠をもって正当化されるといふ。「契約において生じうる反対給付請求権、報酬、あるいは対価などを受け取ることなく他方当事者にある給付をなさなければならないような当事者は、一種の寛大さ *Liberalität* を常に抱えている」。「寛大さはここでは広義の意味で理解されなければならない。その結果、たとえば使用や用益を目的とする契約に従ってある物が引渡され、それが好意から生じている場合もそうである。したがって、とりわけ贈与者、使用貸借貸主、受寄者らにそれぞれかされるところの対価を伴わない義務がこれに当たる。…寛大さという観点は、不履行責任が問題となっている場合には、実際にはある者が直接に自己の財産から他人に何かを与える、もしくは財産上の利益を与えることを義務づけられるという関係に対してのみ適合する」という。このことから部分草案は「他方当事者にとってのみ利益となり、債務者がこれに関して契約上反対給付あるいは対価を受けないような契約が問題となっている場合にのみ、悪意および重大な過失という帰責基準への責任の制限が生ずるということ、しかしこれに関しては具体的な契約の本質あるいは内容が決定的に重要であるということ」を原則とすると述べる⁽¹⁸⁾。なお *Kübel*は、契約から利益を得ない当事者に対しては帰責のための基準を制限するが、一方で契約の内容も考慮されるべきであるとしている⁽¹⁹⁾。

の責任基準を制限するとしている限りでは、原則として利益を得るか否かに従って帰責基準を設けるといふ利益原理からは少し離れているともいえる。

⁽¹⁶⁾ *Schubert*, Vorlagen, a. a. O. (Fn. 5), S. 754.

⁽¹⁷⁾ *Schubert*, Vorlagen, a. a. O. (Fn. 5), S. 754.

⁽¹⁸⁾ *Schubert*, Vorlagen, a. a. O. (Fn. 5), S. 754 f.

⁽¹⁹⁾ *Kübel*は、普通法時代における立法例や法典草案でしばしば見られたような、債務者側からの取引の強

次いで、198 条に対するさらなる例外規定であり、契約から利益を得ない当事者でも重い責任を要求される場合を規定する 199 条の趣旨については以下のように述べる。すなわち、「契約に従って他方当事者の利益のためにのみ義務を負う者の帰責性を、寛大さという観点から緩やかに判断するという考え方は、ある者が任意に、すなわち法律によって強制されることなく、あるいは市民としての一般的義務 *Bürgerpflicht* によらずに他人の事務あるいは取引の処理を引受けた場合、そしてその事務処理に関する義務が問題となっている限りで常に後退せざるをえない」⁽²⁰⁾。このことから、他人の事務処理を引受けた者は、寛大さからそうしたのであっても重い責任を要求されることになるのであるが、その根拠は 2 通り考えられるとする。第一に、そのような場合には当事者間に代理関係が成立し、そのために債務者は、本人自身がその事務処理を実行する場合にはそうするであろうように、善良なる家父長の注意をもって取引を実行しなければならないという理由を挙げる。そして第二に、他人の事務や取引を実行し、他人の利益を代表することを引受ける者は、これとともに他人の利益を基準として実際に可能な限りのことをするという義務を黙示に引受けた、言い換えればある取引の実行のために当該取引の本質に従って必要となる注意を用いるという約束を与えたという理由を挙げる。ここで *Kübel* は、部分草案の規定が後者の見解によっていることを明らかにする。すなわち「他人の事務の処理を全体的にであれ部分的にであれ引受ける者は、これとともに実際には相手方当事者の利益をきわめて良く、すなわち誠実かつ当該取引が必要とする注意をもって保護する義務を負う。…他人の事務を遂行する者は、当該事務を彼自身の意図ならびに他方当事者の意図に従い、善良なる家父長のように注意深く実行しなければならないということがおよそ受け入れられる。そのことから、そのような者の責任は軽過失のためにもまた生じる。他方で代理という観点は、少なくともその概念および法律の用いる文言に従えば、およそ適切であるということとはな」⁽²¹⁾。ここでは、他人の事務処理を委任契約によって引受ける者は、そのことを通じていわば黙示の特約として、(対価のない場合でも) 本人の利益保護のために必要な注意を果たすという義務をも引受けていると *Kübel* は構成する。

(三) 各契約類型における債務者の責任に関する規定 (贈与, 使用貸借, 委任, 寄託)

各則におけるこれらの契約類型については、*Kübel* による起草が間に合わず、結局ドレス

要や任意の申し出があった場合には、その債務者が契約から利益を得なくとも重い責任を負うというような規定は草案にとって不要であるとする。それは、「見たところこのような規定は、そのような方法でもって自ら強要し申し出るような者が利己的動機によって支配されているとする考え方をその理由としているようである。しかしこのことは決して正当でない。好意あるいは奉仕を示すという動機は、このような場合にも存在しうるし、それどころか通常意図でさえある。そして、この好意を拒否しあるいは断るということは、そのような好意を申し出られた者の任意に委ねられてもまたいる。そのほか個々の場合において、そのような申し出あるいは強要があった場合により厳格な責任を引受けるということが、ともすれば結果 (偶然事) のための責任の引受けと見なされうかどうかとも問題となる。いずれにせよ、奉仕を申し出られた者はより厳格な責任を要求しうる」からであるとする。Vgl., *Schubert, Vorlagen*, a. a. O. (Fn. 5), S. 755.

⁽²⁰⁾ *Schubert, Vorlagen*, a. a. O. (Fn. 5), S. 756.

⁽²¹⁾ *Schubert, Vorlagen*, a. a. O. (Fn. 5), S. 756 f.

デン草案の条文を基にして第一委員会における議論が進められたようである⁽²²⁾。

Ⅲ 第一委員会と第一草案

立法委員会の各起草担当者により作成された部分草案に基づいて、1881年より第一委員会がBGB第一草案の作成を目指し審議を開始した。以下、無償契約における債務者の責任に関する諸規定について、ドレスデン草案や部分草案による提案が、どのような審議を通じ第一草案へと結実していったのかを整理する。

一 第一委員会における審議

(一) 帰責のための基準⁽²³⁾

まず、債務関係にある当事者らがどのような基準に従って責任を負うべきかに関して、部分草案では契約から当事者が利益を得るか否かをその基準とする提案がなされていた。同草案198条は契約から利益を得ない当事者の責任を軽減しているが、これについては *Windscheid* および *Kurlbaum* から条文の形式を改める提案がなされた⁽²⁴⁾。 *Windscheid* による提案は、「債務者が、法律あるいは法律行為により、重大な過失の回避のみを義務づけられている場合、通常人の注意を用いなかったならば責任を負う」であり、 *Kurlbaum* による提案は、「債務者が、法律あるいは法律行為により、善良な家父長注意の不適用のために責任を負うべきでない場合でも、その債務者は、あらゆる注意の不適用（重大な過失）のために責任を負う」であった。さらに審議の中で、重大な過失をより詳しく規定するか、注意が特に重大に無視された場合に重大な過失が存在するというように規定を限定するという提案もなされた。

これについては以下の理由から最後の提案が多数の支持を得たとされる。すなわち、商法典に倣い比較的に高度の過失を一般に帰責のための基準として規定し、過失のための責任が排除される場合には、悪意ある行為 *bösliches Handeln* の場合にはじめて責任を認めると規定するかどうかの問題となりうるとする⁽²⁵⁾。しかしながら、悪意ある行為と過失との間には、許されざる軽薄さ、無思慮さ、途方もない無知というさまざまな程度問題があるということ、そしてBGBとしてはそれらの帰責性に関してもまた、責任を生じさせる理由としてよいのではないかということが課題となったという⁽²⁶⁾。ただし、これらの場合すべて

⁽²²⁾ 概観については前章Ⅲ―を参照。各規定に関する詳細は、*Werner Schubert* (hrsg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, T. 2, BT., 1980, S. 183 ff., 479 ff., 826 ff., 1013 ff. を参照。

⁽²³⁾ 詳しくは前章参照。ドレスデン草案および部分草案における条文の順序は、担保責任、帰責のための基準、贈与、使用貸借、委任、寄託であり、前章における整理もこの順序に準じたが、本章Ⅲ以降は、現行BGBの条文の順序に従って整理する。

⁽²⁴⁾ *Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert* (hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I*, 1978, S. 240. 以下 *Beratung I* とする。

⁽²⁵⁾ *Jakobs / Schubert*, *Beratung I*, a. a. O. (Fn. 24), S. 240 f.

⁽²⁶⁾ *Jakobs / Schubert*, *Beratung I*, a. a. O. (Fn. 24), S. 241.

を包含するようなより具体的な文言を定めることは困難であり、それゆえに、具体的場面における検討を裁判官に委ねるとして、条文としては特に重大な過失のある場合にのみ責任が生じるという規定で十分であるとされた。また法典において、どのような場合に重大な過失があると判断されるかを規定することは全く困難であり、それというのも規定したとしても実際には欠缺が生ずるであろうからだとする。

しかし結局はこの規定（198 条）を削除し、それに代えて「法律あるいは法律行為によって、債務者は重大な過失のためにのみ責任を負うと定められている場合、…」と規定することが決議されたという。これに関しては、重大な過失のためにのみ責任を負うという場合に関して、草案に含まれている原則は契約に基づく債務関係にのみ関連するという事、そしてこのとき広く例外が認められるということ、そしてその結果、この原則は採用されるに値する法規範というよりむしろ、立法者の動機にその主な理由が存すること、そして責任が制限される場合、制限された責任が再び帰責されるための要件は、個々の契約に関する法規範に委ねられるのがより良いという判断が決定的であったという⁽²⁷⁾。ここにおいて、ローマ契約法から普通法を通じ、部分草案まで維持されてきた考え方である契約から利益を得るか否かということ責任基準決定原則とする利益原理が、契約から利益を得ない者の責任を制限するという考え方を各則規定に委ねることとしたため、法典構成としては放棄することが決定されたこととなる。

そして、部分草案 199 条も 198 条の例外に過ぎないという理由で削除が決議された。また部分草案 200 条については、*Windscheid*により内容を全く変更する提案がなされ、その提案が決議された⁽²⁸⁾。これについては 198 条の場合と同じ理由であるという⁽²⁹⁾。

第一委員会における編集委員会決議の集成である編集委員会決議暫定集成債務法編 *ZustOR* では、債務者が重大な過失のためにのみ責任を負う場合に関する規定が置かれているものの⁽³⁰⁾、編集委員会草案 KE においてはこれらのような重大な過失に関する規定はなくなり、その代わりに KE222 条として、債務者は故意のためのみならず過失のためにも責

⁽²⁷⁾ なお、取引上生ずるあらゆる契約が法典に定めのある契約類型に服するわけではないという問題には、類推によって対応でき、それ以外では当事者の特別な合意に委ねられるので重要でないとされている。Vgl., *Jakobs / Schubert, Beratung I*, a. a. O. (Fn. 24), S. 241.

⁽²⁸⁾ *Windscheid* の提案は以下のとおりである。「債務者が、法律あるいは法律行為により、自己の事柄において用いるのが常であるのと同じの注意を義務づけられる場合、債務者はこの注意を用いることで重大な過失のための責任を免れる」。なお、部分草案 200 条は以下のようである。200 条：「債務関係が、当事者らの法共同体に基づいている場合、あるいは彼らに共通する利益を目的とする場合、当事者らが自らの事柄について用いるのが常であるのと同じの注意を用いたならば、当事者らは軽過失のための責任を免れるが、重大な過失のための責任を免れない」。

⁽²⁹⁾ *Jakobs / Schubert, Beratung I*, a. a. O. (Fn. 24), S. 242.

⁽³⁰⁾ ただし、そのような場面が各則規定や当事者の特約に基づいて生じうることを明らかにするに過ぎない。*ZustOR*168 条：「法律あるいは法律行為によって、債務者が重大な過失のためにのみ責任を負うと定められている場合、債務者は、特に重大な注意義務違反があったときにのみ過失のために責任を負う」。同 169 条：「法律あるいは法律行為によって、債務者が、自己の事柄に用いるのが常であるのと同じの注意のみを用いなければならないと規定される場合、この注意を用いるならば過失のための責任を免れるが、重大な過失のための責任は免れない」。なお、これらについては文言の若干の変更のほか特に本質的な審議はされなかったようである。*Jakobs / Schubert, Beratung I*, a. a. O. (Fn. 24), S. 245 ff.

任を負うという趣旨の規定が提案されている⁽³¹⁾。222 条については、若干の文言の修正とともに、第一草案 224 条となった⁽³²⁾。

(二) 担保責任

部分草案では、権利の瑕疵や物の瑕疵の場合に債務者が負うべき担保責任に関する総則的规定が存在し、有償契約の場合と無償契約の場合とについてそれぞれ規定されていた。しかし、第一委員会での議論の結果、とくに無償契約の場合における担保責任の規定につき、この規定の意味する無償譲渡とは本質的に贈与契約を意味するとして、同条文案は贈与の場合における権利の瑕疵および物の瑕疵のための担保責任に関する各則規定として再構成されることになる。

まず、無償契約における権利の瑕疵に関して規定していた部分草案 21 条については以下の議論が重要と思われる⁽³³⁾。すなわち、①無償譲渡という文言に代えて贈与という文言を置くこと、②「当事者の通常の意図に一致しており、法感情に反することが最も少なくなる」ため、種類物贈与の場合には有償契約と同様の責任を生じさせることである⁽³⁴⁾。こうした議論を受けて、ZustOR80 条では、「贈与の場合において、譲渡人は、種類物の贈与を約束した場合にのみ権利の瑕疵のために責任を負う。贈与者が種類物以外の物を贈与する際に第三者の権利を知り、そして取得者に黙秘していた場合、贈与者は取得者に対してそのことから生ずる損害を賠償する義務を負う」とされた⁽³⁵⁾。後の会議において、ZustOR80 条に対して、「ZustOR69 条から 79 条、および 215 条に従って」責任を負うという文言が挿入され、さらに KE440 条においては、「贈与者は、受贈者に権利の瑕疵のため贈与者が種類物を贈与することを約束した場合にのみ、296 条、367 条、そして 377 条の基準に従って責任を負う。贈与者が、種類物以外の物を贈与する際に、第三者の権利を知り、そして取得者に黙秘していた場合、贈与者は、受贈者に対してこれによって生ずる損害を賠償する義務を負う」となり、再び若干の文言の修正を受けて、第一草案 443 条として構成されるに至る⁽³⁶⁾。

⁽³¹⁾ Vgl., *Jakobs / Schubert*, Beratung I, a. a. O. (Fn. 24), S. 247. なお、KE222 条は以下のとおりである。222 条 1 項：「債務者は、債務関係に従い義務づけられた給付を完全実現する義務を負う。債務者は、その義務の故意による不履行のためのみならず、過失による不履行のためにも責任を負う」。また KE145 条および 146 条において、過失と重大な過失の定義がなされており、それによれば通常の家父長の注意違反が過失であり、通常の家父長の注意に重大に違反することが重大な過失であるという。

⁽³²⁾ 第一草案 224 条 1 項：「債務者は、債務関係に従い自らに義務づけられた給付を弁済期に実現する義務を負う。債務者は、故意による義務の不履行のみならず、過失による義務の不履行のためにも責任を負う。708 条および 709 条の規定が準用される」。2 項：「債務者は、履行に鑑みてその法定代理人ならびに債務者が給付の実現のために用いる者の帰責性のため、責任を負う」。

⁽³³⁾ Vgl., *Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert* (Hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen*, *Recht der Schuldverhältnisse II*, 1980, S. 379 ff. 以下, *Beratung II* とする。

⁽³⁴⁾ また、担保給付義務の合意に関する箇所の削除も決議された。それは、このような場合自体が稀であり不要であるからだという。Vgl., *Jakobs / Schubert*, *Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 380.

⁽³⁵⁾ *Jakobs / Schubert*, *Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 381.

⁽³⁶⁾ 第一草案 443 条は以下のとおりである。443 条：「贈与者は、受贈者に権利の瑕疵のため、種類物を贈与することを約束した場合にのみ、298 条および 370 条から 380 条に従って責任を負う。贈与者が、他人の物を贈与する場合、第三者の権利を知り取得者にこのことを黙秘していた場合、それによって生ずる損害を賠償する義務を負う」。

次に、無償契約の場合における物の瑕疵に関する担保責任を規定していた部分草案 38 条も同様に、贈与契約における贈与者の瑕疵担保責任に関する規定に再構成されることとなる。その理由については、議事録では明らかにされていないものの、権利の瑕疵に関する規定案に対する修正と同旨と思われる。同条に関する審議では、贈与者の給付義務について興味深い議論が展開されている⁽³⁷⁾。

まず、贈与者の負う給付義務の内容について、目的物が特定している場合と特定していない場合とが区別されている。第一に目的物が特定している場合、贈与者は、①保証された性質の瑕疵のために代物給付の責任を負わない。②（契約上）前提とされた性質の瑕疵のために代物給付の責任を負わない。③保証された性質あるいは前提とされた性質の瑕疵を知っており、黙秘していた場合取得者に黙秘のために生じた損害について責任を負うとされた⁽³⁸⁾。第二に目的物が特定していない場合、つまり種類物が贈与の目的物である場合、贈与者は、①保証された性質の瑕疵のために代物給付の責任を負う。②前提とされた性質の瑕疵のために代物給付の責任を負わない。③保証された性質の瑕疵あるいは前提とされた性質を知っており、黙秘していた場合責任を負うとされた⁽³⁹⁾。このような議論を受けて、部分草案 38 条は ZustOR116 条、KE441 条を通じ、第一草案 444 条として形成されることになる⁽⁴⁰⁾。

以上から第一草案では、贈与目的物に権利の瑕疵がある場合、①種類物が目的である場合、有償契約（売買）の場合と同様の責任が生ずること、②種類物以外の物（特定物）が目的である場合、瑕疵について悪意で黙秘していた場合にのみ責任が生ずることになる。そして、物の瑕疵の場合では、①目的物が種類物でも特定物でも瑕疵の悪意による黙秘から賠償義務が生ずること、②目的物が種類物で、保証された性質が欠けている場合、代物給付義務を負うと構成された。目的物の瑕疵のために無償契約債務者である贈与者がどのような

る損害を賠償する責任を負う」。Vgl., *Jakobs / Schubert, Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 381 f.

⁽³⁷⁾ *Jakobs / Schubert, Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 385 ff.

⁽³⁸⁾ ①～③についての理由はそれぞれ以下のとおりである。①不公平を導き、贈与契約の本質にほとんど一致しないため。②先の決議と同じ。③これを認めることは、不誠実な行為に関する責任に対して適用される一般原則から正当化される、とする。Vgl., *Jakobs / Schubert, Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 386.

⁽³⁹⁾ その理由は以下のとおりである。①取得者は、その他の物を要求するという権利（のみ）を有しているため肯定される。この判断は一般原則に一致している。②この問題は、代物給付に対する権利までも存在しているというわけではないとして否定される。③特定物におけるのと同じ理由による。前掲注⁽³⁸⁾を参照。Vgl., *Jakobs / Schubert, Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 386 f.

⁽⁴⁰⁾ 各条文案の内容は以下のとおりである。ZustOR116 条 1 項：「贈与の場合において、譲渡人は、物の瑕疵のために責任を負わない。しかしながら、譲渡人が瑕疵（81 条）を知りながら取得者に黙秘していた場合、譲渡人は、取得者にそれによって生じた損害の賠償義務を負う」。2 項：「上述の規定は、譲渡人によって種類物を贈与することが約束された場合においてもまた適用される。そのような場合において、物が保証された性質を欠いている場合、取得者は瑕疵ある物に代えて瑕疵なき物を要求する権利を有する。この請求権は、101 条に従って消滅時効に服する」。KE441 条・第一草案 444 条 1 項：「贈与者は、受贈者に贈与物の瑕疵のため責任を負わない。しかしながら、贈与者が瑕疵を知りながら受贈者に黙秘していた場合、贈与者は、受贈者にそれによって生ずる損害の賠償義務を負う」。2 項：「第 1 項の規定は、贈与者によって種類物が贈与されることが約束される場合にもまた適用される。そのような場合において、物が保証された性質を欠いている場合、取得者は瑕疵ある物に代えて瑕疵なき物を要求する権利を有する。この請求権は、394 条（第一草案 397 条）の基準により消滅時効に服する」。Vgl., *Jakobs / Schubert, Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 387.

責任を負うのかについて、目的物が種類物であるか否かが基準とされている点で特徴的である⁽⁴¹⁾。

(三) 贈 与

贈与については、ドレスデン草案 504 条がたたき台となっている。瑕疵のための担保責任に関する部分草案規定が贈与者の担保責任に関する規定として再構成されたため、504 条は贈与者の帰責基準および利息支払義務に関する規定に分解・再構築されることになった。

贈与者の責任については、*Johow*, *Kurlbaum*, そして *Planck* らから条文案が提出されているが、おおむね贈与者は故意および重大な過失のためにのみ責任を負うと規定するといった内容である⁽⁴²⁾。贈与者の帰責基準を制限すること自体に関して異議は唱えられなかったようであるが、ZustOR80 条および 116 条（それぞれ権利の瑕疵・物の瑕疵のための贈与者の責任に関する規定、上記参照）によると、贈与者は目的物の瑕疵が問題となる場合には悪意を要件として担保責任を負うということとの調整について議論があったという⁽⁴³⁾。しかしながら、担保責任の要件と平仄を合わせるという目的で贈与者の責任一般についてその帰責要件を悪意に制限する理由はないこと、さらに贈与者の責任基準を悪意に制限することは贈与契約の本質に反し、現行法からも逸脱するために正当でも公平でもないと考えられた。結局、贈与者の責任に関する条文案は、編集委員会宛て編集原案 RedVorl309 条を通じて、若干の文言の修正を受けて ZustOR309 条、KE439 条、そして第一草案 442 条となる⁽⁴⁴⁾。贈与契約における贈与者の帰責基準の一般的制限の理由については、「贈与契約の本質」や現行法との一致が挙げられているが、具体的には明らかにされていないようである。

(四) 使用貸借

使用貸借の規定についてもドレスデン草案をもとに議論が進められている。同草案 598 条では、使用貸借貸主の義務内容についてのみ規定されていたが、義務の不履行のために貸主が責任を負う基準として故意あるいは重大な過失を採用すべきとする提案がいくつかな

⁽⁴¹⁾ 担保責任に関する規定の審議において、種類物に関する権利の瑕疵に関しては、給付義務としての権利調達義務が問題とされているようであり、物の瑕疵に関しても、種類物の物的瑕疵に関しては、瑕疵なき物の給付義務が問題とされている。すなわち、ここでいう担保責任には、いわゆる特定物ドグマによるように、種類物の場合には瑕疵なき物の給付義務を認め、特定物の場合には瑕疵なき物の給付義務を認めず、ただし、瑕疵を知りながら黙秘していたという場合にのみ、損害賠償の責任を負わせるという 2 つの義務が混在した規定案が形成されたとも目される。なお、後期普通法学説においても、贈与者の追奪担保責任に関して、贈与された種類物の追奪の場合、担保責任を生ずるか否かが問題となるのではなく、贈与者の不給付が問題となるのであり、契約そのものが未履行であるという見解が存在した。詳しくは前章を参照。

⁽⁴²⁾ *Jakobs / Schubert*, Beratung II, a. a. O. (Fn. 33), S. 372 f.

⁽⁴³⁾ *Jakobs / Schubert*, Beratung II, a. a. O. (Fn. 33), S. 373.

⁽⁴⁴⁾ *Jakobs / Schubert*, Beratung II, a. a. O. (Fn. 33), S. 377. なお、条文案はそれぞれ以下のとおりである。RedVorl309 条：「贈与者は受贈者に、その義務の不履行のため、故意あるいは重大な過失のある場合にのみ責任を負う」。第一草案 442 条：「贈与者は受贈者に、その義務の不履行のため、故意あるいは重大な過失のある場合にのみ責任を負う」（ZustOR309 条、KE439 条はこれに同じ）。

されている (*v. Weber, Windscheid, Plank*) ⁽⁴⁵⁾。ここでは *Planck* による提案が採用されたようである⁽⁴⁶⁾。その理由については、使用貸借契約の本質に一致すること、そして贈与者の責任に関する *ZustOR309* 条との関連から適切であるとされた⁽⁴⁷⁾。使用貸借貸主の責任に関する規定は、*RedVorl2* 条、*ZustOR405* 条、*KE543* 条を通じて、第一草案 550 条となる⁽⁴⁸⁾。

使用貸借目的物に瑕疵がある場合の貸主の責任に関する規定についてはいくつかの提案がなされたが、*Planck* の提案が採用されている⁽⁴⁹⁾。この理由については、贈与と同様の規定を置くことが正当であること、そしてもしこの種の規定を置かないのであれば、使用貸借貸主の責任に関する規定 (*ZustOR405* 条) が適用されることになるがこれは適切でない。なぜなら同規定は契約締結後の事情に関連するものであるからだという⁽⁵⁰⁾。*Planck* の提案は文言などの修正を受けつつ *RedVorl3* 条、*ZustOR406* 条、*KE544* 条、そして第一草案 551 条へと受け継がれていった⁽⁵¹⁾。

⁽⁴⁵⁾ *Jakobs / Schubert, Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 691 ff.

⁽⁴⁶⁾ *Planck* の提案は、「使用貸借貸主ならびに物の貸借を約束した者は、使用貸借借主に、故意あるいは重大な過失のためにのみ責任を負う」というものである。*Jakobs / Schubert, Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 693.

⁽⁴⁷⁾ *Jakobs / Schubert, Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 693. なお *Windscheid* は、「使用貸借が貸主の利益のためにのみ行われる場合、借主は故意または重大な過失のためにのみ責任を負う」という規定を定めという案を提出していたがこれは採用されなかった。それは、一般原則によれば借主はあらゆる過失のために責任を負うべきであり、また借主が他人の財産を持つことになるという点では、受任者に比較しうるからであるとされた。*Jakobs / Schubert, Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 691, 693.

⁽⁴⁸⁾ *RedVorl2* 条：「使用貸借貸主（ならびに物の貸借を約束した〔承諾した〕者）は、（その義務の不履行のため、）使用貸借借主に対して、故意あるいは重大な過失がある場合にのみ責任を負う」。*ZustOR405* 条：「使用貸借貸主ならびにある物の貸借を約束した者は、その義務の不履行のため、故意あるいは重大な過失のある場合にのみ使用貸借借主に対して責任を負う」（*KE543* 条はこれに同じ）。第一草案 550 条：「使用貸借貸主ならびにある物を貸しだすことを約束した者は、その義務の不履行のため、使用貸借借主に対して故意あるいは重大な過失のある場合にのみ責任を負う」。

⁽⁴⁹⁾ *Jakobs / Schubert, Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 697. *Planck* は、権利の瑕疵および物の瑕疵に対する原則的な責任の免除と、それについて悪意で黙秘していた場合の賠償責任を規定することを提案した。なお、この議論のたたき台であるドレスデン草案 601 条は、権利の瑕疵（他人物の貸借）についてのみ規定するに過ぎない。

⁽⁵⁰⁾ *Jakobs / Schubert, Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 698. このことから、第一委員会では使用貸借貸主の責任に関する制限規定は後発的事情に適用され、貸借物の瑕疵など原始的・契約締結前の事情には適用されず、そのための特別な規定を置く必要があるということが念頭に置かれていたということになる。このことはおそらく、贈与契約の場合についても前提とされていたものと思われる。この点に、不履行責任と担保責任とで、贈与者や使用貸借貸主が責任を負うべき基準が区別されていた理由が端的に示されている。

⁽⁵¹⁾ *Jakobs / Schubert, Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 698 f. なお、各条文案は以下のとおりである。*RedVorl3* 条 1 項：「使用貸借貸主ならびに物の貸借を約束した者は、使用貸借借主に対して、契約の締結時点で既に存在していた権利の瑕疵のために物の瑕疵（およびとりわけ保証された性質の瑕疵のために）責任を負わない」。2 項：「しかしながら、貸主が権利の瑕疵あるいは物の瑕疵を契約締結の時点で知っており、借主にこれを黙秘していた場合、それによって生ずる損害を賠償する義務を負う」。*ZustOR406* 条 1 項：「使用貸借貸主ならびに物の貸借を約束した者は、使用貸借借主に、契約の締結時点ですでに存在した権利の瑕疵あるいは物の瑕疵のために、とりわけ保証された性質の瑕疵のために責任を負わない」。2 項：「しかしながら、貸主が権利の瑕疵あるいは物の瑕疵を契約の締結時点で知っており、借主に黙秘していた場合、それによって生ずる損害の賠償を義務づけられる」（*KE544* 条はこれに同じ）。第一草案 551 条 1 項：「使用貸借貸主ならびに物の貸借を約束した者は、借主に、契約締結時点において既に存在していた権利の瑕疵および物の瑕疵、とりわけ保証された性質の瑕疵のため責任を負わ

ここでも、使用貸借貸主の責任制限の理由については、同契約の本質や贈与契約との調整が主な理由とされている。

（五）委 任

委任契約における受任者の責任に関しては、第一委員会では無償の役務提供と贈与との関係が論じられている⁽⁵²⁾。そこでは、契約によって役務の無償提供が約束されると贈与が存在しうるとされていた⁽⁵³⁾。そのため、その契約が贈与であるとする、理論上役務提供者はZustOR309条により重大な過失のためにのみ責任を負いさえすればよいことになる。しかし、無償の役務提供の場合にこのような責任制限を認めようとする法理論には無理があるとされた。したがって委任の場合も同様に、委任者の利益を考慮して、役務提供者の責任を重大な過失に制限しないことが適切であり、役務が無償で提供されなければならない場合には委任契約の引受けのための重要な動機が存在するという⁽⁵⁴⁾。

（六）寄 託

ドレスデン草案 735 条は、寄託に関して受寄者の保管義務と自己の物と寄託物とが同時に危険に晒された場合に関する規定を置くのみであった。第一委員会では、受寄者の責任と注意義務に関する 3 つの提案が提出されている⁽⁵⁵⁾。しかし、委員会ではまず受寄者が責任を負うべき過失の程度について決定し、次いで自己の物と寄託物とに共通して危険が迫る場合の規定を置くか否か、またその内容をどうするかにつき判断すべきとされた。結局、①受寄者は、報酬のない場合でもあらゆる過失のために責任を負うべきであり、②自己の物と寄託物とに共通して危険が迫る場合の規定を置く必要はないとされた。受寄者の責任を故意または重大な過失のある場合に制限し、あるいは自己の物に対するのと同一の注意を要

ない」。2 項：「しかしながら、貸主が権利あるいは物の瑕疵を契約締結の際に知っており、借主に黙秘していた場合、それによって生ずる損害を賠償する義務を負う」。

⁽⁵²⁾ Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert (hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III, 1983, S. 33 f. 以下 BeratungIII とする。なお、贈与契約の本質的要件（一方当事者の財産増加と他方当事者の財産減少）が欠ける場合は異なるとする。ドイツ民法典立法過程における委任と報酬の有無との関係については、明石三郎「委任と報酬」契約法大系刊行委員会編『契約法大系IV 雇用・請負・委任』（有斐閣、1963）245-246 頁参照。

⁽⁵³⁾ Jakobs / Schubert, BeratungIII, a. a. O. (Fn. 52), S. 33. ここでは、委任契約の実行について雇用契約の規定に従って実行するという規定を設ける提案（Johow）を議論しているため、雇用契約との関係が中心に論じられている。

⁽⁵⁴⁾ Jakobs / Schubert, BeratungIII, a. a. O. (Fn. 52), S. 34. なお、委任の場合、その代理関係が外的に明らかにされる必要はないものの、受任者は委任者の代理人としてのみ行為するのであり、受任者はその手段を考える際、もっぱら委任者の利益を意図しなければならず、その指示に継続的に拘束されるものとみなされると述べられている。Vgl., Jakobs / Schubert, BeratungIII, a. a. O. (Fn. 52), S. 32. 部分草案債務法編の起草担当者である Kübel 自身は、委任契約において受任者に高度の義務と責任が課される理由を、当事者間の代理関係にあるのではなく、義務の引受けに関する黙示的特約にあると考えていた。

⁽⁵⁵⁾ Jakobs / Schubert, BeratungIII, a. a. O. (Fn. 52), S. 173. これらの提案は、原則と例外、文言などの規定態様は異なるものの、報酬の有無により注意義務や受寄者が責任を負うべき過失の程度に差異を設けるというものであった。

求するという規定を置くことについては以下のように述べられている。すなわち、「現在では、自らの財産を他人に寄託する者は、その他人が、保管の際にもまたある一定の注意を用い、それもその注意に対する違反が重大な過失という非難を根拠づけるような注意ではないということを期待する。受寄者は、財産の寄託を引受けることで寄託者のこの期待に応じる義務を負う」とする⁽⁵⁶⁾。受寄者が報酬を得ないことあるいは好意によって行動していることも問題ではなく、使用貸借借主のように他人の財産を保有するということが重要であるという。これらのことから、受寄者は契約の有償無償に関わらずあらゆる過失のために責任を負うということ、また受寄者の用いるべき注意について、自己の物に対するのと同じの注意義務を負うとは規定しないことが決定された⁽⁵⁷⁾。

以上から、RedVorl・ZustOR485条、KE698条、そして第一草案615条は、寄託者が報酬を支払いうることや、黙示による報酬の合意も可能であることを規定するに過ぎないものとなっている⁽⁵⁸⁾。

二 第一草案理由書

以上のような第一委員会における審議を通じて第一草案が作成された。第一草案には理由書が付されており、条文の規定趣旨等が示されている。以下、それぞれの条文案の趣旨について先の整理との重複を避けつつ、理由書を参照していく。

(一) 帰責基準

これについて理由書では、「過失に関する責任（224条2文）について、草案はただあらゆる過失、いわゆる軽過失 *culpa levis* を含むものとしている。債務者は通常の家父長の注意を用いなければならない（144条1項）。普通法および現行法の多くにおいてもまた、債務者は義務の履行のために責任を負い、そしてその際に故意およびあらゆる過失がその帰責の基準となるということが原則である」とする⁽⁵⁹⁾。また、近時の立法例では普通法学説に倣い、債務関係がその具体的形式により両当事者の利益を目的としているのか、一方当事者の利益のみを目的としているのか、あるいは他人の事柄を処理することを内容としているのか、またあるいは債務者が債務関係を強要したのかに従い、債務者が責任を負う基準をそれぞれ分類しているが、草案はこれに従わず、先の原則からの例外については各則規定および当事者意思に委ねるとする⁽⁶⁰⁾。

⁽⁵⁶⁾ *Jakobs / Schubert, Beratung III*, a. a. O. (Fn. 52), S. 173 f.

⁽⁵⁷⁾ *Jakobs / Schubert, Beratung III*, a. a. O. (Fn. 52), S. 174 f. ここでは、ローマ法や普通法時代にみられた考え方である、契約から両当事者が利益を得るかどうかに従った責任基準の区別づけという原則からの転回が見られ、無償行為者の責任の範囲を考えるにあたって注目できる。

⁽⁵⁸⁾ *Jakobs / Schubert, Beratung III*, a. a. O. (Fn. 52), S. 176.

⁽⁵⁹⁾ *Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für Deutsch Reich*, Bd. 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, 1979, S. 15.

⁽⁶⁰⁾ なお、故意および重大な過失のためにのみ責任を負わされる場面は、贈与者（442条）、使用貸借の貸主（550条）、そして事務管理者（750条）に関して規定され、これらにおいてのみ原則からの例外が形成されたとする。自己の事柄において用いるのが常である注意へと注意義務を限定することによる責任制

（二）贈 与

まず帰責の基準についてについては、「442 条は、履行に際しての過失（224 条）に対する贈与者の責任を制限し、これは現行法に一致す」と述べる⁽⁶¹⁾。権利の瑕疵および物の瑕疵のための責任については、第一委員会における議論とおおよそ一致する説明がなされ、制限の理由は、贈与契約の本質や当事者意思への合致などが挙げられている⁽⁶²⁾。

（三）使用貸借

帰責の基準、瑕疵のための責任について、どちらも使用貸借契約の本質と贈与契約との関連から同様の制限規定を置くとされている⁽⁶³⁾。物の瑕疵の場合に保証された性質について責任を負わないとも規定されているが、贈与の場合のように目的物の特定不特定に応じた義務内容の差異を認めるのかどうかは明らかでない。

（四）委 任

受任者の責任については、「受任者は、委任を正確に実行する義務を負い、そしてこのときあらゆる過失のために責任を負う。この点、草案は実際のところ ALR を除く現行法と一致している。委任者によって受任者に対して表明された信頼および受任者の側において受任者が他人の行為を実行することを引受けたという点が重要である」とする⁽⁶⁴⁾。

（五）寄 託

受寄者の責任に関しては、第一委員会では先に見たとおり契約が無償であってもその責任を制限しないとされた。すなわち、「現代において他人に自らの財産を委ねる者は、相手方が一般に受動的・消極的にのみ行為するのではなく（614 条）、保管に際して確実な注意を用いること、それも次のような注意、すなわちその違反が…重大な過失を根拠づけるであろうような低い程度の注意は用いないということを期待する」。「したがって、原則（224 条、故意および過失のための責任）を維持することによって BGB は望ましい簡潔さを獲得する

限（145 条）は、組合関係（633 条）および夫婦関係において一定範囲内で規定されているに過ぎない（1279 条、1317 条）。そのほか、どのような場合にも、債務者の責任はすべての過失のために根拠づけられる（224 条 1 項）という。この理由書からは、やはり利益原理が形式的には放棄されたことがわかる。

⁽⁶¹⁾ *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 164.

⁽⁶²⁾ すなわち、目的物が種類物であるか特定物であるかを区別し、権利の瑕疵の場合、①種類物の瑕疵は担保給付義務を生じさせ、②特定物の瑕疵の場合は責任を負わないとする。②の場合でも、悪意による黙秘がある場合は損害賠償責任が生ずる。物の瑕疵の場合では、目的物の性質が契約上保証されている場合と前提とされている場合とをさらに区別する。すなわち特定物については、贈与者は、①保証された性質の瑕疵について責任を負わず、②契約上前提とされた性質の瑕疵についても責任を負わないとされる。そして③いずれにせよこれらの瑕疵に関して、悪意による黙秘がある場合損害賠償義務を負うとされる。種類物については、②、③について同様であるが、贈与者は①の保証された性質の瑕疵については責任を負い、その内容は代物給付であるという。*Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 164 f.

⁽⁶³⁾ *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 249.

⁽⁶⁴⁾ *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 297. したがって、ここでは委任者の受任者に対する信頼と契約に基づく受任者側による義務引受けの特約の存在とが、受任者に重い責任をわせる理由とされている。

だけでなく、相当程度の法的安定性をも獲得す」という⁽⁶⁵⁾。

IV 帝国司法庁準備委員会、第二委員会と第二草案

第一委員会における審議を経て理由書とともに公表された第一草案は、周知のごとくさまざまな批判にさらされることとなる⁽⁶⁶⁾。その後さらなる審議が継続され、帝国司法庁準備委員会による第一草案の審議、第二委員会による同草案の審議というように二段階の議論を経、その結果が第二草案そして BGB へと結実していくこととなった⁽⁶⁷⁾。そこで以下では準備委員会による審議を整理したのち、第二委員会による審議を見ていくこととしたい⁽⁶⁸⁾。

一 帝国司法庁準備委員会⁽⁶⁹⁾

(一) 帰責基準

まず、債務者が責任を負う基準を定める第一草案 224 条に関しては、*Struckmann*, *Jacubezky*, *Planck* によって修正の提案がなされた⁽⁷⁰⁾。そして、取引慣行を考慮した信義誠実に基づく給付実現の規定、過失の概念規定の放棄、さらに文言の修正が決議された⁽⁷¹⁾。

⁽⁶⁵⁾ *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 319 f.

⁽⁶⁶⁾ 詳しくは石部・前掲注(2)33 頁以下参照。

⁽⁶⁷⁾ 石部・前掲注(2)40 頁以下。

⁽⁶⁸⁾ なお、第一草案に対する批判は『意見集成』(Zusammenstellung der gutachtlichen Aeüßerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichs = Justizamt, 6. Bde., 1890), 『連邦書政府意見集成』(Zusammenstellung der gutachtlichen Aeüßerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichs = Justizamt, 2. Bde., 1891) として公刊されている。これらのうち、本稿で扱うテーマにとって重要であると思われる第一草案 443 条に対する批判は以下のとおりである。「贈与者は、第一文(種類物贈与)の場合、悪意がないとしても責任を負うということに反対である。433 条によれば、370 条以下の責任が常に生じることになろう。しかし、442 条により、贈与者は故意あるいは重大な過失がある場合にのみ責任を負うので、370 条以下による責任はほとんど理由がない」(意見集成第二巻 219 頁)。種類物贈与の場合において贈与者は追奪のため責任を負うということは普通法学説における支配的見解であったが、当時批判も見られるところであった。

⁽⁶⁹⁾ 帝国司法庁準備委員会に関しては、石部・前掲注(2)42 頁以下、平田公夫「帝国司法庁

(Reichsjustizamt) とドイツ民法典(一一三・完) —Hans Schulte-Nölke, Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (1995) の紹介— 岡山大学法学会雑誌 47 巻 2 号・51 巻 2 号・51 巻 4 号 (1997-2002) 33 頁・113 頁・141 頁、および *Hans Schulte-Nölke*, Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1995 を参照。

⁽⁷⁰⁾ *Jakobs / Schubert*, Beratung I, a. a. O. (Fn. 24), S. 252 f. それぞれの提案は、以下のとおりである。*Struckmann*: 224 条 1 項 1 文を削除し、224 条のその他を以下のようにすること。すなわち、同条 1 項:「債務者は、その義務の行為による不履行ならびに過失による不履行のため責任を負う。708 条および 709 条の規定は準用される」。2 項:「債務者は、法定代理人あるいは給付の実現のために用いた者の帰責性に基づく不履行のためにもまた責任を負う」。*Jacubezky*: 224 条 1 項 1 文を以下のようにすること。すなわち、「債務者は、給付を信義誠実の要求するように実現する義務を負う」。*Planck*: 224 条を 2 つの条文に分離し、それぞれ以下のようにすること。すなわち、224 条 1 項:「債務者は、その義務の故意による不履行ならびに過失による不履行のため責任を負う」。2 項:「義務に違反する債務者の行為は、責めに帰すことのできない錯誤の結果、その義務をなしえなかった場合、過失あるものと見なされない」。3 項:「理性を失っている債務者、こどもである債務者、あるいは、満 18 歳に満たない債務者の責任に関して、708 条および 709 条に規定が準用される」。224a 条:「債務者は、履行に鑑みてその法定代理人ならびに債務者が給付の実現のために用いる者の帰責性のため、責任を負う」(第一草案 224 条 2 項に同じ)。

⁽⁷¹⁾ *Jakobs / Schubert*, Beratung I, a. a. O. (Fn. 24), S. 253.

これに従い 224 条は準備委員会決議草案 E I - RJA224 条として再構成された⁽⁷²⁾。なお、第一草案 144 条以下は、債務者が用いるべき注意を規定していたが、準備委員会では違反された注意の程度と過失との関係に関する規定を削除し、債務者が最低限用いるべき注意を規定する 145 条を 224a 条として構成することを決議している⁽⁷³⁾。債務者一般について故意および過失のために責任を負わせるという趣旨自体の変更はない。

(二) 贈 与

贈与者の帰責基準に関しては、第一草案 345 条、347 条の場合も 442 条が適用されることを示すように再構成するという提案以外、本質に関わるような議論は見られない⁽⁷⁴⁾。

目的物の瑕疵のための責任に関しては、権利の瑕疵および物の瑕疵に関する規定が同時に審議されている⁽⁷⁵⁾。両規定に対する提案は 4 つ提出されているが、そのうち 2 つが規定をまとめること、残り 2 つが文言の修正に関わる⁽⁷⁶⁾。なお、準備委員会における審議では贈与者の担保責任について重要な議論がなされており注目できる。

まず、①贈与者は、権利および物の瑕疵のため、瑕疵を悪意で黙秘していた場合には受贈者に対して責任を負わなければならないということ、②取引の利益や信義誠実を考慮して、そのような場合における贈与者の責任を有償契約に適用される規定 (385 条) に従って不履行のための損害賠償とすること⁽⁷⁷⁾、③贈与者は、権利の瑕疵に関して、贈与契約の内容によれば自らまず取得すべき物を給付しなければならない場合すべてにおいて重大な過失のために責任を負うべきであること。④443 条 1 項における特定物と種類物との区別は目的に

⁽⁷²⁾ E I - RJA224 条 1 項：「給付は、取引慣行を考慮して信義誠実の要求するように実現されなければならない」。2 項：「債務者は、その義務の不履行のため、履行が故意に行われなかった場合のみならず、履行が必要な注意の無視（過失）の結果として行われなかった場合にも責任を負う。708 条および 709 条の規定が準用される」。3 項：「債務者は、不履行のため、その不履行が法定代理人あるいは債務者が給付の実現のために用いた者の帰責性に基づく場合にも責任を負う」。

⁽⁷³⁾ *Jakobs / Schubert, Beratung I*, a. a. O. (Fn. 24), S. 253. その理由は次のとおりである。すなわち、注意の基準と過失との関係に関する 144 条（通常の家父長の注意に反することを過失、通常の家父長の注意に著しく反することを重大な過失とする）について、過失の概念規定を与えることは法律の事柄ではない。故意の概念についても定義されず、刑法典、フランス民法典も過失 *culpa* の定義なしで済ませている。そして、用いるべき注意の算定に関して、純粹に客観的な基準を企図しなければならないのか、あるいは過失は場面の状況と行為者の個性に従って決定されなければならないとするかは、法発展の成り行きに任せる必要があると考えられたという。また 145 条（ある者が自己の事柄に用いるのが常であるのと同じの注意を用いなければならない場合、重大な過失のための責任からは免責されないとする）については、債務関係を越え、あらゆる種類の債権・請求権に（少なくとも類推によって）適用されると評価されている。E I - RJA224a 条：「自己の事柄において用いるのが常であるのと同じの注意のみを用いる者は、重大な過失のための責任から免れない」。

⁽⁷⁴⁾ *Jakobs / Schubert, Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 377. なお、第一草案 345 条および 347 条はそれぞれ契約締結の際の給付不能および法律上禁止されている給付を内容とする契約の場合に関する規定である。すなわち贈与者は、このような場合にも、制限された基準に従ってのみ責任を負えばよいとされていたこととなる。

⁽⁷⁵⁾ *Jakobs / Schubert, Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 382 f.

⁽⁷⁶⁾ *Jakobs / Schubert, Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 382.

⁽⁷⁷⁾ 第一草案 385 条は、契約時に存在しなかった性質の保証、あるいは存在している瑕疵についての故意による黙秘の場合の譲渡人の責任を規定する。その効果は、瑕疵に基づく解除 *Wandelung*、代金減額、不履行のための損害賠償となっている。

適合しないこと⁽⁷⁸⁾。⑤贈与者が占有している種類物、あるいは贈与者がまず取得すべき特定物を贈与することを約束した場合、責任は物の瑕疵を悪意で黙秘した場合に生ずるといように限定されなければならないこと。⑥贈与者がまず取得すべき種類物が給付の目的となる限りで、権利の瑕疵あるいは物の瑕疵がある場合、受贈者に対して瑕疵なき物の引渡しを要求するという権利を認めることが公平であることである⁽⁷⁹⁾。これらの審議を受け、第一草案 443 条および 444 条は、それぞれ E I -RJA443, 444 条として修正された⁽⁸⁰⁾。

以上から、贈与契約の目的物に瑕疵がある場合に贈与者がどのような要件で責任を負うべきかに関しては、第一草案で採用されていた目的物が種類物であるか否かではなく、贈与が贈与者の既存財産から行われたか否かが基準とされるに至った。

(三) 使用貸借

貸主の帰責基準については、*Struckmann* より贈与の場合と同様に第一草案 345 条およ

⁽⁷⁸⁾ これに関しては、「なぜなら、贈与者は目的物を、まさに彼自身が有しているのと同様の状態でのみ受贈者に譲渡するという意図であるからと理由書では強調されているが、これは適切である。贈与者が、占有している種類物を一つあるいはそれ以上贈与することを約束した場合（たとえば羊の群れから 3 頭）がまさにそうである。その他方で、特定物の贈与約束の場合でかつ贈与者がその目的物を受贈者のためにまず他人から調達するという場合には、このような考え方は妥当ではない」という。ここでは、契約の時点で他人の所有物である物が贈与の目的とされた場合を念頭に、第一委員会の見解はこのような場面にとって適切でないとしているようである。目的物の特定不特定によって、瑕疵（追奪）のあった場合にどのような責任を認めるかということ自体を区別した第一委員会の決定に対する重要な方向転換と目される。ただし、目的物の特定不特定という観点は、法律効果の内容（代物給付を認めるか否か）という点で維持されている。Vgl., *Jakobs / Schubert, Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 382 f.

⁽⁷⁹⁾ ⑤・⑥については、その理由を以下のように述べている。すなわち、「種類物の約束の場合、草案は、贈与者に権利の不調達のため、帰責性を考慮することなく有償契約の場合と同様に不履行のための責任を負わせている点で過剰である。ここでの責任は、442 条の基準に従って、贈与者に権利の不調達に関して故意あるいは重大な過失がある場合に限定されるべきである。保証約束の推定に基づいて有償契約債務者に課される広範な責任は、有償性に起因する。贈与物の瑕疵のための責任に関してもまた、信義誠実を考慮することによって、贈与者が受贈者のため、他人の種類物の調達を引き受けた場合において贈与者に重大な過失に基づく責任を負わせること、すなわち贈与者が物を取得する際に、重大な過失によって瑕疵を知らなかったために責任を課することが望ましい。一方で、贈与者が占有している種類物、あるいは贈与者がまず取得すべき特定物を約束した場合、責任は物の瑕疵を悪意で黙秘した場合に限定されなければならない。贈与者がまず取得すべき種類物が問題となる限りで、受贈者に不履行のための損害賠償に代わり、瑕疵ある物に代えてその他の瑕疵なき物の引渡しを要求するという権利を認めることが公平と思われる」。なお、性質保証にどのような意義が認められるのかという問題は、個々の場合における判断に委ねられうるとする。*Jakobs / Schubert, Beratung II*, a. a. O. (Fn. 33), S. 382 f.

⁽⁸⁰⁾ 同条は以下のとおりである。「贈与者は受贈者に、権利の瑕疵あるいは物の瑕疵のため、瑕疵を悪意で黙秘していた場合にのみ責任を負う。贈与者が自らまず取得すべき目的物を給付しなければならない場合、贈与者は権利の瑕疵あるいは物の瑕疵のため、442 条に従い責任を負う。取得すべき目的物が種類物である場合、受贈者は不履行のための損害賠償に代えて瑕疵なき目的物の給付を要求できる」。

び 347 条の場合に関しても 550 条が適用されることを明確にする構成を提案されたが、これは受け入れられず、結局 550 条における文言の一部削除のみが採用されたようである⁽⁸¹⁾。瑕疵のための責任に関しても帰責基準に関する条文に対する扱いと同様の扱いをなすこと（一部文言の削除）が採用されたようである⁽⁸²⁾。

（四）委 任

受任者の責任・義務に関する議論は特に見られない⁽⁸³⁾。

（五）寄 託

受寄者の責任・注意義務に関する条文案については準備委員会における審議はなされなかったようである⁽⁸⁴⁾。

二 第二委員会

（一）帰責基準

債務者の帰責の基準に関する第一草案 224 条に対しては、いくつか提案がなされたようであるが、債務者の帰責基準に関する本質的な提案や議論はなされなかったようである⁽⁸⁵⁾。ただし審議において、「債務者は信義誠実と取引慣行を考慮した給付の実現を義務づけられる」という文言を採用することが提案されており、この是非について議論がみられる⁽⁸⁶⁾。注意義務に関する規定は準備委員会の決議に沿う形式での規定が採用されたようである⁽⁸⁷⁾。

⁽⁸¹⁾ *Jakobs / Schubert*, Beratung II, a. a. O. (Fn. 33), S. 696.

⁽⁸²⁾ *Jakobs / Schubert*, Beratung II, a. a. O. (Fn. 33), S. 696, 699. なお、ここでも *Struckmann* による提案がなされており、それによれば契約締結時の権利の瑕疵、物の瑕疵、保証した性質の欠如について悪意による黙秘の場合責任を負うという構成にするとするものである。

⁽⁸³⁾ *Jakobs / Schubert*, Beratung III, a. a. O. (Fn. 52), 43 f.

⁽⁸⁴⁾ Vgl., *Jakobs / Schubert*, Beratung III, a. a. O. (Fn. 52), S. 176.

⁽⁸⁵⁾ *Jakobs / Schubert*, Beratung I, a. a. O. (Fn. 24), S. 254 ff.; *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 521 ff.

⁽⁸⁶⁾ しかし、信義誠実・取引慣行に関する規定は第二草案では独立した条文として再構成されることになった（第二草案 206 条）。その理由は、債務者の責任に関する規定とともに、信義誠実に関する規定を置くことで、この原則が制限的に適用されるように解釈されるような誤解を与えるべきでないというものであった。*Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 522. 第二委員会決議暫定集成 E I - VorlZust224 条、編集会議決議暫定委集成 E I - ZustRedKom224 条では、それぞれ第 1 項として信義誠実・取引慣行に関する規定が存在する。Vgl., *Jakobs / Schubert*, Beratung I, a. a. O. (Fn. 24), S. 256. なお、債務者の責任・注意義務に関する規定は、以下のようである。E I - VorlZust224 条 2 項：「債務者は、その義務の不履行のため、履行が故意に行われなかったか、あるいは取引上必要な注意を怠った（過失）のために行われなかった場合、責任を負う」。E I - ZustRedKom224b 条 1 項：「債務者は、別段の定めのない限り故意および取引上必要な注意の無視（過失）のために責任を負う。…」2 項：「自己の事柄において用いるのが常であるのと同じの注意を用いることのみを義務づけられる者は、重大な過失のための責任を免れない」。第二草案 233 条 1 項：「債務者は、別段の定めのない限り故意および取引上必要な注意の無視（過失）のために責任を負う。…」2 項：E I - ZustRedKom224b 条 2 項に同じ。これらの規定は、若干の文言の修正を受けつつ、修正第二草案 270 条、271 条を通じて、BGB276 条、277 条となったようである。

Vgl., *Jakobs / Schubert*, Beratung I, a. a. O. (Fn. 24), S. 257 f.

⁽⁸⁷⁾ *Jakobs / Schubert*, Beratung I, a. a. O. (Fn. 24), S. 257. なお、E I - RJA224a 条に関しては、前掲注(73)参照。

(二) 贈 与

第一草案 442 条については、第二委員会でも規定の適用範囲を契約締結前の給付障害等（第一草案 345 条、347 条の場合）にも及ぶことを示す規定に修正することが提案され、承認されている⁽⁸⁸⁾。ただしこの構成については、第二委員会決議暫定集成では維持されているものの編集会議決議暫定委集成では見られない⁽⁸⁹⁾。また、瑕疵に関する責任についてもこの規定にまとめて規定することが提案されたが、これは結局退けられたようである。

権利の瑕疵に関する第一草案 443 条に関しては、準備委員会と同様に重要な議論が展開されている。まず、第一草案はこの問題を判断する際に種類物と特定物とを区別しているが、これは正当化されえないという点について一致したという⁽⁹⁰⁾。そして出発点とされるべきは、贈与が贈与者自身の財産の中からなされるべき場合と、贈与者がまず自身で第三者から取得すべき目的物の贈与が約束されるという場合とを分離すること、そして異なる要件を用いることが必要であるとされた。まず贈与者の財産から贈与が行われる場合、贈与者は、自らの有する財産（目的物）をそのまま引渡す意図であるために、目的物に瑕疵があったとしても責任を負わず、ただし瑕疵を悪意で黙秘していた場合にのみ責任を負うとする⁽⁹¹⁾。瑕疵の悪意による黙秘の場合の損害賠償の範囲については消極的契約利益の賠償にとどまるとされた⁽⁹²⁾。他方、贈与者が受贈者に給付すべき目的物をまず第三者から取得すべき場合、事情はまったく異なるとする⁽⁹³⁾。すなわち、ここでは取得は受贈者の利益に基づいて行われるべきであり、贈与者はこれを鑑みず全く注意せずに事を進めてはならないことになるであろうとする。そのため、故意にあるいは重大な過失により権利が全く調達されず、あるいは完全には調達されなかった場合、贈与者は第一草案 442 条に従い不履行のための責

⁽⁸⁸⁾ *Jakobs / Schubert*, Beratung I, a. a. O. (Fn. 24), S. 378; *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 747.

⁽⁸⁹⁾ E I - VorlZust442 条：「贈与者は、故意および重大な過失のためにのみ責任を負う。このことは、344 条、347 条（第一草案 345 条、347 条に相当）も場合においても適用される」。E I - ZustRedKom442 条：「贈与者は、故意および重大な過失のためにのみ責任を負う」。なお、この形式が第二草案 468 条、修正第二草案 515 条、第三草案 516 条を通じて BGB521 条になったようである。Vgl., *Jakobs / Schubert*, Beratung II, a. a. O. (Fn. 33), S. 378 f.

⁽⁹⁰⁾ *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 750.

⁽⁹¹⁾ 「悪意 *dolus* の場合を除いて贈与者の責任は存在しない。贈与者は、物を彼自身が有しているままに与えるという義務を負うつもりであるにすぎない。贈与者自身が有しているわけではない権利に関しては、贈与者は責任を負いえず、そのために権利の調達に対する義務に関する重大な過失についてもまた責任と為しえない。このことは、特定物の贈与約束に関してのみならず、贈与者自身の財産から取り出されるべき種類物の約束にもまた妥当する。この場合においてもまた、贈与者は目的物を自分の財産に存在するままにのみ（引渡すことを）約束したのであり、そしてしたがって贈与者自身に帰属している目的物の権利のみを保証しなければならない」という。なお、契約締結前の事情に関しては 442 条に関する解釈に委ねるとする。Vgl., *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 750.

⁽⁹²⁾ 理由は次のとおりである。①約束が先行しない現実贈与の場合、不履行のための損害賠償請求権は概念上排除される。②消極的契約利益へと贈与者の責任を制限することは、草案の一般原則にも一致する。③贈与者は、目的物を自らが有しているままに受贈者に引渡すことを義務づけられるにすぎない。④贈与者が権利の瑕疵を黙秘しながら、受贈者について贈与を受け入れるように誘導した場合、受贈者が贈与を間違いなく取得できることを信頼したことから生じた損害を賠償しなければならない。⑤これをさらに拡大し、贈与者に権利の調達を強いるのであれば、これによって贈与者にはいわば財産刑 *Vermögensstrafe* が科されなければならないであろう。そしてこれは草案における私刑の排除におそらく一致しないとする。*Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 750.

⁽⁹³⁾ *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 750 f.

任を負わなければならないこととなるとする⁽⁹⁴⁾。物の瑕疵のための責任については、基本的には権利の瑕疵に関する規定と同様の扱いがなされるべきとされた⁽⁹⁵⁾。ただし、物の瑕疵に関しては、さらに第二読会において、第二草案に対して同草案 471 条 2 項 1 文・2 文をまとめるという提案がなされ承認されている。このとき、種類物の贈与における物の瑕疵の場合で、贈与者が瑕疵について悪意または重大な過失により不知であった場合には代物給付義務を、そして瑕疵を悪意で黙秘していたならば不履行のための損害賠償を認めると構成された⁽⁹⁶⁾。

(三) 使用貸借

使用貸借貸主が責任を負うための基準に関する第一草案規定については、文言の修正に

⁽⁹⁴⁾ もっとも、このときに目的物が種類物であれば代物給付義務が課されるべきであるが、これは一般原則からの例外であるという。Mugdan, a. a. O. (Fn. 59), S. 751.

⁽⁹⁵⁾ Mugdan, a. a. O. (Fn. 59), S. 751. なお、権利・物の瑕疵のための贈与者の責任に関する規定の変遷は以下のとおりである。まず権利の瑕疵に関して、E I - VorlZust 443 条 1 項：「贈与者は、権利の瑕疵を受贈者に悪意で黙秘していた場合、それによって生じた損害を賠償する義務を負う」。2 項：「贈与者が、自らまず取得すべき目的物を給付することを約束する場合、受贈者に調達された権利の瑕疵について故意あるいは重大な過失のある場合、受贈者に不履行のための損害賠償を義務づけられる。…」。E I - ZustRedKom443 条 1 項：「贈与者は、権利の瑕疵を悪意で黙秘していた場合、受贈者にそれによって生ずる損害を賠償する義務を負う」。2 項：「贈与者が自らまず取得すべき目的物を給付することを約束する場合、受贈者は権利の瑕疵のため、贈与者が物の取得に際して瑕疵を知っており、あるいは重大な過失のために知らないままであったならば、不履行のための損害賠償請求権を有する。…」。第二草案 470 条 1 項：「贈与者は、権利の瑕疵を悪意で黙秘していた場合、受贈者にそれによって生ずる損害を賠償する義務を負う」。2 項：「贈与者が、自らまず取得すべき目的物を給付することを約束した場合、受贈者は権利の瑕疵のため、贈与者が物の取得に際して瑕疵を知っており、あるいは重大な過失のために知らないままであったならば、不履行のための損害賠償請求権を有する。…」。物の瑕疵については、E I - VorlZust444 条 1 項：「贈与者は、（贈与の際）贈与物の瑕疵を受贈者に悪意で黙秘していた場合、それによって生ずる損害を賠償する義務を負う」。2 項：「贈与者が、まず自ら取得すべき種類物を給付することを約束する場合、給付された物の瑕疵のため、贈与者が物の取得に際して瑕疵を知っており、あるいは重大な過失のために知らないままであったならば、受贈者に不履行のための損害を賠償する義務を負う。受贈者は、損害賠償に代えて瑕疵なき物の引渡しを要求することができる」。E I - ZustRedKom444 条 1 項：「贈与者は、（贈与の際）贈与物の瑕疵を受贈者に悪意で黙秘していた場合、それによって生ずる損害を賠償する義務を負う」。2 項：「贈与者が、まず自ら取得すべき種類物を給付することを約束する場合、受贈者は給付された物の瑕疵のため、贈与者が物の取得に際して瑕疵を知っており、あるいは重大な過失のために知らないままであったならば、不履行のための損害賠償を要求できる。受贈者は、損害賠償に代えて、瑕疵なき物の引渡しを要求できる。…」。第二草案 471 条 1 項：「贈与者は、贈与物の瑕疵を悪意で黙秘していた場合、受贈者にそのことによって生ずる損害を賠償する義務を負う」。2 項：「贈与者が、まず自ら取得すべき種類物を給付することを約束する場合、受贈者は給付された物の瑕疵のため、贈与者が物の取得に際して瑕疵を知っており、あるいは重大な過失のために知らないままであったならば、不履行のための損害賠償を要求できる。受贈者は損害賠償に代えて瑕疵なき物の引渡しを要求できる。…」。それぞれ若干の修正を受け、修正第二草案 517 条、518 条（第三草案 518 条、519 条）を通じて BGB523 条、524 条として規定されるに至る。Vgl., Jakobs / Schubert, Beratung II, a. a. O. (Fn. 33), S. 384 f., 388 f.

⁽⁹⁶⁾ 同条 2 項について、1 文はこの場合の責任を売主のそれと一致させ、2 文は悪意による黙秘というという行為態様に不履行のための損害賠償を認めるという意義があるとする。そして、これに対して 1 項（特定物贈与、自己の財産からの種類物贈与）の場合には消極的利益についてのみ関連するという。また、過失ある贈与者の責任は、過失ある売主のそれと同じように広範なものであってはならないという。Mugdan, a. a. O. (Fn. 59), S. 751 f.; Jakobs / Schubert, Beratung II, a. a. O. (Fn. 33), S. 389. ここで、有償の財産権譲渡型契約である売買契約との対比において、贈与者は原則として、売主ほどの責任を負うべきではないとの考え方が表れていることがわかる。

関する提案が承認されたほか、特に本質に関わるような議論などはなかったようである⁽⁹⁷⁾。

一方で、貸借目的物の瑕疵のための責任に関しては、まず *Struckmann* より、第一草案 551 条 1 項・2 項を一文にまとめる提案がなされ承認されている⁽⁹⁸⁾。また、使用貸借貸主の瑕疵に関する条文案そのものを削除する提案もなされたようであるがこれは却下されている。これについて削除の提案には次のような理由があった。すなわち、「貸主が、貸借の目的である馬が病気に罹っているということを知りながら、これについて借主に伝えることなくある馬を貸与したならば、それによって借主のその他の馬が病気に罹るきっかけを作ったことに重大な過失がある場合にも責任を負わなければならないというべきである。しかし草案は（そしてその考え方によれば先の提案もまた）、そのような場合において、物の瑕疵のための損害賠償責任を原則として排除し、悪意の場合においてのみ責任を認めるに過ぎ」ず、これでは借主の保護に欠けるというものである。しかし、これに対しては以下のように反論された。すなわち、「問題とされた規定は、贈与のもとでこれに相当する諸規定に一致すること、物それ自体の瑕疵に基づいて生ずる損害の賠償に関する一般的責任は売買の場合でも定められていないということ、そして指摘された実際上の必要性は、不法行為のための損害賠償に関する諸規定によって満たされる」とする⁽⁹⁹⁾。

（四）委 任

委任については、受任者の責任・義務に関わる議論は見られない⁽¹⁰⁰⁾。

（五）寄 託

受寄者の注意義務に関する規定については、*Struckmann* と *Jacubezky* により無償受寄者に自己の物に対するのと同じの注意義務を課す規定を設けるという同様の提案がなされ、承認されている⁽¹⁰¹⁾。ここでは受寄者の責任や義務を、契約の無償性に関わらず軽減しないという第一委員会の決定からの転回が見られるが、その理由は以下のとおりである。すなわち、第一草案は有償寄託契約と無償寄託契約とを区別せず、どちらの場合においても第一草案 224 条に従いあらゆる過失のために責任を負わせている。しかし無償寄託の場合、受寄

⁽⁹⁷⁾ *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 894 f.; *Jakobs / Schubert*, Beratung II, a. a. O. (Fn. 33), S. 696. 帰責基準に関する条文案は、「使用貸借貸主は、故意あるいは重大な過失のためにのみ責任を負う」という表現をほぼ維持したまま、E I - VorlZust550 条, E I - ZustRedKom550 条, 第二草案 539 条, 修正第二草案 591 条, 第三草案 592 条, そして, BGB599 条へと受け継がれていったようである。

⁽⁹⁸⁾ *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 895; *Jakobs / Schubert*, Beratung II, a. a. O. (Fn. 33), S. 699. なお, *Struckmann* の提案による条文形式は、「使用貸借貸主が、権利あるいは物の瑕疵を悪意で黙秘していた場合、借主にそれによって生ずる損害を賠償する義務を負う」である。この形式が、ほぼそのまま E I - VorlZust551 条, E I - ZustRedKom551 条, 第二草案 540 条, 修正第二草案 592 条, 第三草案 593 条, そして BGB600 条に受け継がれていったようである。

⁽⁹⁹⁾ *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 895. ここで第二委員会では、債権者の既存の利益（いわゆる完全性利益）の侵害場面には不法行為責任で対応すべきとされていたことがわかる。この点は、たとえば *Schlechtriem* も指摘する。Vgl., *Peter Schlechtriem*, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, 1972, S. 348.

⁽¹⁰⁰⁾ *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 942 f.; *Jakobs / Schubert*, Beratung III, a. a. O. (Fn. 52), S. 44 f.

⁽¹⁰¹⁾ *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 968; *Jakobs / Schubert*, Beratung III, a. a. O. (Fn. 52), S. 176.

者に自己の物に対して用いるのが常であるのと同じの注意に関してのみ責任を負わせることが生活観念と公正さとに一致するという⁽¹⁰²⁾。そして、委任と寄託との類似性については以下のように述べられている。すなわち、「委任の場合、受任者はあらゆる過失のために責任を負わなければならないということ、そして実社会において委任と寄託契約とはしばしば近似するということは正しい考えである。しかし委任の場合、受任者は直接に委任者の利益においてある行為を義務づけられる一方で、寄託の場合、受寄者は物をその保護のもとへ受け入れるに過ぎず、そのことから責任を区別する内的理由が生ずべきであるということに留意する必要がある」とする。

以上から、無償寄託においても受寄者の義務を制限する趣旨の規定が設けられることとなった。

V 小 括

以上、BGBにおける無償契約の債務者の責任について、同法典の立法過程を通覧してきた。そこでは、無償契約債務者の義務や責任をどのように定めるかにつき、部分草案（あるいはドレスデン草案）を基にして、第一委員会や、帝国司法庁準備委員会、そして第二委員会において、さまざまなレベルでの議論がなされていたことがわかった。ここでは、責任制限の対象となる責任とその根拠について、その特徴を簡潔にまとめることとする

一 利益原理の放棄と BGB276 条の採用

ドイツ普通法時代では、契約から両当事者が利益を得るのか、あるいは一方の当事者のみが利益を得るのかに応じて、それぞれの場合で各当事者がどのような基準で責任を負うべきかを定めるという、すでにローマ法にも見られた原則でもある利益原理を帰責基準の決定原則として用いることが、各立法例や普通法学説において一般に支持されていた。しかしこの原則は、BGBの立法過程では、当初 *Kübel* による部分草案では採用されていたものの⁽¹⁰³⁾、第一草案以降は採用されず、結果として BGB276 条は一般にあらゆる債務者は故意および過失のために責任を負うと規定し、贈与契約や使用貸借契約、そして無償寄託契約に関してそれぞれ BGB276 条からの例外を定める各則規定を置くという構成が選択された。この理由から、贈与者の責任に関する BGB521 条、使用貸借貸主の責任に関する BGB599 条、さらに無償受寄者の注意義務に関する BGB690 条では、BGB276 条の定める基準とは異なった基準が設定されるに至っている。

このように、無償契約債務者の責任という点でそれ以前の法状況と対比した場合の BGB

⁽¹⁰²⁾ *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 968 f. なお、受寄者の責任についてはディゲスタの法文 (Ulp. D. 16, 3, 1, 1) への参照指示がある。同法文では、受寄者（あるいはその相続人）は悪意の場合にのみ責任を負うべき旨が示されている。江南義之『学説叢纂』の日本語への翻訳(1)（信山社、1992）348 頁。ローマ契約法における受寄者の責任に関しては、前章参照。

⁽¹⁰³⁾ なお、*Kübel* がなぜ普通法に従って利益原理に基づく責任基準の区別づけを採用したのかについては、明らかでないが、*Kübel* の述べるところによれば、普通法の「正しさ」にその根拠を求めているように思える。*Schubert*, *Vorlagen*, a. a. O. (Fn. 5), S. 750 f.

立法過程における一般的特徴としては、①利益原理が放棄されたこと、②契約法（各則）において原則（BGB276条）に対する例外規定が置かれることとなったことを指摘できる。次いで問題となるのは、なぜ利益原理が放棄されるに至ったのか、そして各則において債務者の責任を制限している規定の根拠は何かという点である。

（一）利益原理が放棄された理由

債務者が責任を負う基準を決定する原則としての利益原理が放棄された理由としては、第一草案理由書をみるに「普通法および多数の現代における法律においてもまた、債務者は義務の履行のため、そしてその際に故意およびあらゆる過失に関して責任を負うという原則が妥当している」こと、草案は利益原理に従わず、例外については各則規定および当事者意思に委ねることが挙げられている⁽¹⁰⁴⁾。すなわちこのことから、たしかに形式的側面では、契約から当事者が利益を得るのか否かに従って債務者が責任を負うべき基準を決定しておくという規定方式は採用されなかったものの、実質的側面では、利益を得ない当事者の責任基準をそうでない当事者の責任基準よりも緩和するという枠組（思想）そのものは、各則において無償契約債務者の責任を制限する規定が設けられている限りでは放棄されてはおらず、この限りで利益原理は BGB にも織込まれていると考えられる⁽¹⁰⁵⁾。

（二）契約法において債務者の責任基準を制限する規定の根拠

BGB 債務法各則では、上記のように BGB521 条、599 条、そして 690 条において、原則である BGB276 条とは異なった帰責基準が規定されるに至った。ただし、BGB690 条は注意義務の基準を緩和するものであり、過失帰責と重過失帰責というように、帰責基準そのものを緩和しているわけではないことに留意する必要がある。

これら規定はどのような根拠に基づくのか。まず BGB521 条および 599 条において、贈与者および使用貸借貸主が責任を負うための基準を故意または重大な過失のある場合に限定する規定の趣旨であるが、これについては「現行法との一致」や「契約の本質」といった理由が挙げられているにとどまる。後者の理由につき、贈与契約や使用貸借契約の本質とは直接には契約の無償性を指すものと思われるが、無償性については単に対価がないという客観的側面にとどまらず、債務者側に好意があるという点や、債務者が過度な負担（責任）を負う意思を有していないといった主観的側面も重視されていたところである。たとえば、BGB 起草のためのたたき台となった部分草案のうち、債務法編の起草を担当した *Kübel* は、

⁽¹⁰⁴⁾ *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 59), S. 15. 普通法時代の学説において、すでに利益原理の放棄を推奨するものも散見されたところである。これについては、第 1 章Ⅲ—二参照。

⁽¹⁰⁵⁾ いうなれば、法典構造として債務法総則中に契約から利益を得るかどうかに従った帰責基準決定原則を定めるという意味での利益原理（形式的利益原理）は放棄されたものの、「契約から利益を得ない当事者については、その責任を一般に緩和すべきことが要求される」という意味での利益原理（実質的利益原理）は維持されているとも考えられる。この意味では、日本民法典や C.C.においても、一定の無償契約債務者について責任制限規定を設けている以上、利益原理（ないしはそれを支える法思想）は維持されているものといえる。

無償契約類型では「契約において生じうる反対給付請求権、報酬、あるいは対価などを受け取ることなく他方当事者にある給付をなさなければならないような当事者は、一種の寛大さを常に抱えている」として無償契約債務者の主観的側面を強調し、そのような債務者が責任を負うための基準を緩和すべきとしていた⁽¹⁰⁶⁾。

また、BGB690 条では無償受寄者に要求される注意義務の基準が一般の場合（取引上要求される注意）よりも緩和されている。その理由について、第二委員会の議事録によれば、「無償寄託の場合、受寄者に自己の物に対して用いるのが常であるのと同じの注意に関してのみ責任を負わせることが生活観念と公正さとに一致」し、「寄託の場合、受寄者は物をその保護のもとへ受け入れるに過ぎず、そのことから責任を区別する内的理由が生ずべきであるということに留意する必要がある」とされる⁽¹⁰⁷⁾。ここでも無償契約債務者の責任制限の根拠としては、単に対価がないことだけではなく、公正さといった規範的主観的な評価も責任制限の根拠づけのために用いられていることがわかる。

二 担保責任の制限

BGB523 条・524 条、そして 600 条では、それぞれ贈与者および使用貸借貸主が、目的物の権利の瑕疵や物の瑕疵について原則として責任を負わない旨を規定する。このように、目的物が、本来の権利者である第三者によって追奪され、あるいは隠れた瑕疵を備えているために債権者が損害を被るような場合でも、無償契約ではその場合に負う責任である担保責任を債務者は負わないとする措置は、普通法時代にもみられたところである。BGB でも贈与者および使用貸借貸主は目的物の権利の瑕疵および物の瑕疵について原則として責任を負わないとされる。日本民法 551 条 1 項などに対応するこの担保責任の制限規定をめぐっては、いくつかの特徴を指摘することができる。

（一）制限の根拠

まず第一に制限の根拠である。なぜ担保責任が贈与や使用貸借といった契約類型において原則として制限されるのか、という疑問に対しては、担保責任が対価の存在を前提とする有償契約のための責任であるならば、贈与や使用貸借といった無償契約類型において担保責任が課せられないのは、契約が無償であるために担保責任を問う必要がないからという理由が率直に思い浮かぶ。しかし BGB の立法過程においては、契約の非対価性というよりも、当事者の意図が重視されていた⁽¹⁰⁸⁾。たとえば第二委員会では、「自己の財産をそのままの状態で譲渡するという意図であるがゆえに、万が一目的物に瑕疵があっても贈与者は責任を負わない」といった説明がなされている⁽¹⁰⁹⁾。このように、BGB 成立時における贈与

⁽¹⁰⁶⁾ Schubert, Vorlagen, a. a. O. (Fn. 5), S. 754.

⁽¹⁰⁷⁾ Mugdan, a. a. O. (Fn. 59), S. 968 f.

⁽¹⁰⁸⁾ 部分草案においても、Kübel は贈与者の意図を考慮して担保責任は制限されると述べていた。

Schubert, Vorlagen, a. a. O. (Fn. 5), S. 962 f.

⁽¹⁰⁹⁾ Mugdan, a. a. O. (Fn. 59), S. 750 f.

および使用貸借における債務者の担保責任の制限の根拠については、契約が無償であるがゆえに、債務者に対して多くのことは期待できないというものであった。

(二) 担保責任の制限の射程について

第二に、BGB 立法過程における贈与者・使用貸借貸主の担保責任制限規定は変遷を辿っていることに注目できる。すなわち、まず部分草案では無償契約債務者は一般に目的物の権利の瑕疵や物の瑕疵のために責任を負わず、ただし瑕疵の存在を悪意で黙秘していた場合、あるいは特約によって担保責任を負うとされていた場合には責任を負うと提案されていた⁽¹¹⁰⁾。第一草案では、贈与者は、目的物である種類物に権利の瑕疵がある場合にのみ、売主と同様の責任を負うとされた。種類物に権利の瑕疵がある場合には、その責任を制限されることはなかった。そして種類物の権利の瑕疵に関して贈与者が売主と同様の責任を負うとする理由については、「当事者の通常の意味に一致し、法感情に最も反しない」からであるとされている。普通法学説でも、贈与契約の目的物たる種類物が追奪される場合、給付そのものが未履行であり、贈与者は依然給付義務を負うとする見解がみられたところである。一方で、特定物に権利の瑕疵がある場合、贈与者は原則として担保責任を免れるとされている。物の瑕疵については目的物の特定不特定を問わず、原則としてその責任を免れるとされた⁽¹¹¹⁾。第二草案では、準備委員会・第二委員会とで方向性を同じくする決議がなされている。それは、①第一草案において採用された、目的物が種類物であるか否かをメルクマールとした責任制限規定の態様は目的に適合しないこと、②それに代えて、贈与者がすでに所有している財産から目的物を給付するのか、あるいは約束後に第三者から目的物を取得してから給付を行うのかによって区別付けることである。第一草案によって採用された構成を否定する理由として、ここでも贈与者の意思（自己の所有する財産をそのまま与えるに過ぎない）という点が挙げられている⁽¹¹²⁾。このように BGB における贈与者・使用貸借貸主に対する担保責任の制限規定の射程に関しては、BGB 立法過程を通じて変遷が見られるものの、いずれも当事者の意思を理由とした構成であった特徴がある。

⁽¹¹⁰⁾ 普通法時代においては、特に種類物の瑕疵の場合には担保責任の制限が適用されないとの意見が通説的であったようであるが、部分草案では特にそのような区別付けは見られない。Schubert, Vorlagen, a. a. O. (Fn. 5), S. 411, 422. また、前掲注(6)および(7)も参照。

⁽¹¹¹⁾ ただし、種類物の給付が約束されている場合で、性質保証の約束がある場合、給付された目的物がその性質を欠くならば、贈与者に代物給付義務を課している。第一草案 444 条 2 項参照（前掲注(40)）。

⁽¹¹²⁾ なお、第一草案が種類物の権利の瑕疵の場合に、贈与者に売主と同様の責任を課していることに対して、売主が権利の瑕疵のために広範な責任を負うのはその有償性に起因するのであり、贈与に関しては、信義誠実を考慮して贈与者に重大な過失のある場合にのみ売主と同様の責任を負わせることが「公平であるとする。Schubert, Beratung II, a. a. O. (Fn. 33), S. 382 f.

第3章 ドイツ法における無償契約債務者の責任制限法理

I はじめに

本章では、現在のドイツ法において無償契約債務者の責任制限につき、どのような法理が判例および学説上展開されているかを整理検討する。BGB では、無償契約債務者の責任を制限する趣旨の規定として、BGB521 条、523 条、524 条、599 条、600 条、そして 690 条が設けられている。それぞれ贈与契約（521 条、523 条、524 条）、使用貸借契約（599 条、600 条）、そして無償寄託契約（690 条）に関する規定となっている。贈与契約や使用貸借契約においては、BGB521 条および 599 条が贈与者および使用貸借貸主の責任要件を一般に故意または重大な過失がある場合に制限する旨を定める。これに関しては、この規定がいわゆる契約に付随する義務違反や保護義務違反、契約締結上の過失といった、遅滞・不能以外の不履行態様にも適用されるのか否か、そしてこの場合に契約責任のほか BGB823 条による不法行為責任も競合的に問題となる場合、不法行為責任の帰責要件についても、BGB521 条および 599 条によって制限された基準が適用されるのか否かといった点が主な論点となっている。また、無償寄託に関する 690 条においても同様に、給付義務違反以外の義務違反の際にも軽減された注意義務を基準として義務違反が判断されるべきかについて議論がみられる。一方で、このように責任制限規定の適用場面や射程については立法者意思まで遡った議論の展開も見られるが、なぜ一定の無償契約類型において債務者の責任を制限する規定が置かれているのかという問題に関しては、「債務者の好意」や「寛大さ」に基づくといった指摘のほか、それほど議論は見られない。

委任契約に関しては、BGB 立法過程の議論にみられたように受任者の責任や注意義務を制限する趣旨の規定は置かれておらず、原則（BGB276 条）に従って有償契約の場合と同様の基準に従って帰責が判断されることとなる。ただし、たしかに形式上 BGB では受任者の責任を軽減する趣旨の規定は設けられていないが、学説では、場合によっては受任者の責任が制限されてよい場面もあるとして、一定の場合に受任者についても責任制限を認めるべきとの見解もいくつか見受けられる。

以下では、贈与契約、使用貸借契約、委任契約、無償寄託契約について、BGB における責任制限規定を中心に、ドイツ法において債務者の責任制限に関してどのような議論が展開されているのかを順次整理検討する。

II BGB521 条

BGB 贈与法の規定である BGB521 条、523 条、そして 524 条は、それぞれ贈与者の責任

制限^①を定めている^②。まず、BGB521条^③において贈与者が責任を負うための基準を、276条による一般的な基準である故意・過失に比して「故意および重大な過失」に制限し、次いで523条^④および524条^⑤では、贈与目的物に権利の瑕疵や物の瑕疵があった場合でも、贈与者はこれについて原則として責任を負わない旨を規定している。これらに関し、判例や学説では主に、BGB521条が制限する帰責基準が適用される義務違反の類型（特に契約締結上の過失や保護義務違反などBGB立法後に発見され展開された概念に対する適用可能性）、そして不法行為責任が競合して適用される場合に、不法行為責任を追及するためにもBGB521条による制限された基準が適用されるか否かなどについて議論がある。さらに、物の瑕疵から拡大的に損害が生じた場合である、いわゆる瑕疵結果損害の賠償が問題となる場合、贈与者はBGB521条、BGB524条、そしてBGB276条のいずれの帰責基準に従って責任を負うべきであるのかについても議論がみられる。また、贈与者が給付の原始的主観的不能に対してどのような責任を負うのかについて判断が下されたBGH判決が存在し、これに対しては学説からも議論が提起されている。

一 BGB521条と保護義務違反および不法行為責任

（一）判 例

この問題に関しては、まず1984年にBGHにおいて、贈与者が、給付した目的物について十分な説明を怠ったために受贈者の既存の法益（事例では家畜）に損害が生じたとして、損害賠償が請求された事件について下された判決が存在する。この判例は、一般にジャガイ

① なお、ドイツ法においては責任制限 *Haftungsbeschränkung* という用語のほか、これと類義で用いられている用語として *Haftungsminderung*, *Haftungsmilderung*, *Haftungserleichterung*, そして *Haftungsprivileg* などが見受けられる。これら用語は、概して責任制限という意味で用いられていると考えられ、広い意味においては共通する概念として用いられているようである。

② BGBは2002年に債務法の現代化のための法律の施行により改正されたが、贈与および使用貸借、さらには寄託における債務者の責任制限に関わる諸規定は、現代化によって修正を受けた他の規定などを準用するための条文番号の修正などを除き変更を受けていない。そのため、本稿で扱う無償契約債務者の責任制限に関する条文の邦訳は、さしあたり右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995）に準ずることとする。ドイツ債務法改正のため修正された参照条文の番号に関しては、筆者により変更を加えた。

③ BGB521条：「贈与者は、故意及び重大な過失についてのみ責めを負う」。BGB贈与法の責任制限規定について、それぞれ右近編・前掲注(2)139頁以下（贈与法、右近健男執筆）参照。なお、BGB522条は贈与者による履行遅滞の場合、贈与者は遅延利息の支払義務を負わない旨を規定する。その限りでは同条も贈与者の責任（利息支払義務）を制限する規定であるが、ドイツ法では他の責任制限規定に比してそれ程議論の対象となっていないようである。

④ BGB523条1項：「贈与者は、権利の瑕疵を知りながら告げなかったときは、それによって生じた損害を賠償する義務を負う」。2項：「贈与者がまず取得すべき目的の給付を約束していた場合において、物の取得当時瑕疵を知っており、又は重大な過失によって知らなかったときは、受贈者は、権利の瑕疵のため不履行による損害賠償を請求することができる。売主の担保責任に関する433条1項及び435条、436条、444条、452条、453条の規定を準用する」。

⑤ BGB524条1項：「贈与者は、物の瑕疵を知りながら告げなかったときは、それによって生じた損害を受贈者に賠償する義務を負う」。2項：「贈与者がまず取得すべき、種類でのみ定まる物の給付を約束した場合において、給付物に瑕疵があり、かつ、その瑕疵を物の取得当時知っており、又は重大な過失により知らなかったときは、受贈者は、瑕疵なき物に代え瑕疵なき物を給付するよう請求することができる。贈与者が瑕疵を知りながら告げなかったときは、受贈者は、瑕疵なき物に代えて不履行による損害賠償を請求することができる。これらの請求には売買目的物の瑕疵に関する規定を準用する」。

モ繊維かす事件と呼ばれている。

【BGH1984年11月29日判決】⁽⁶⁾

〔事案の概要〕

被告であるポテトチップス製造業者 Y は、製品製造の際に発生する酵素で処理されたじゃがいも繊維かすを、家畜の飼料として近隣の農家に譲渡することがあった。農家である原告 X も Y からこの繊維かすの贈与を受けたため、その繊維かすを飼料として牛に与えたところ、牛の一部が病気となり、または斃死し、さらに残る牛も体重の増加割合が減少し、このために損害が生じてしまった。そこで X は、この損害の原因を酵素処理された繊維かすにあるとして、Y に対して損害賠償を求める訴えを提起した。X は、酵素処理された繊維かすは豚の飼料としてのみ適しているのものであって、牛用飼料としては適切でなかったこと、さらに未加工の繊維かすであれば大量に与えても牛の飼料として問題はなかったが、Y が酵素処理につき説明をしなかったことが原因で損害が生じたために、Y に責任があることなどを主張した。

〔判 旨〕

BGH はまず、本件繊維かすはそれ自体瑕疵ある物ではなく BGB524 条は問題とならないとしたうえで、以下のように述べた。すなわち「Y の契約責任は、契約締結上の過失あるいは積極的債権侵害の原則に従ってのみ問題となる。原審はこのことを適切に認めている。もっとも、原審は、Y がそもそも繊維かすの酵素処理、牛にとってのその危険性、そして飼料を与える際の精密な分量配分の必要性について説明する義務を負っていなかったか、あるいはいずれにせよこの種の義務違反について責めがないとはしていない。…これらの諸事情のもと、Y が BGB521 条に従って故意および重大な過失のためにのみ責任を負うとする原審の解釈が正しいかどうか問題となる。…いずれにせよ BGB521 条の範囲内で、一方当事者の寛大さは給付受領者の契約上の期待にのみ関連し、それゆえ贈与者の寛大さは、契約目的物と関連しない保護義務違反が問題となる場面では責任制限の適用を正当化しない。そして、本件ではそのような関連が存在し、『契約によって前提とされた』繊維かすの消費を通じて発生した損害が問題となっている。この範囲において、本部の解釈によれば BGB521 条が適用されなければならない」とし、結局 Y に故意または重大な過失はなかったとして X の請求を退けた⁽⁷⁾。また、先例を挙げ⁽⁸⁾、「BGB521 条は、契約前および契約上の保護義務違反の場合にも、贈与者にとって有益である場合およびその限りで不法行為に

⁽⁶⁾ BGH, Urt. v. 20. 11. 1984 - IVa ZR 104/83: BGHZ 93, 23 ff. = NJW 1985, 794 ff. なお、本判決および本判決で問題となった BGB521 条と保護義務、不法行為責任に関するドイツ学説の整理に関しては、辻伸行「ドイツにおける無償行為者の損害賠償責任とその責任軽減—贈与者・使用貸主・無償受寄者の積極的債権侵害に基づく責任および不法行為責任を中心として—」獨協大学法学会編『獨協大学法学部創設 25 周年記念論文集』（第一法規出版、1992）168 頁以下、草野類「契約関係における義務構造の再構成に関する一視座—ドイツにおける「契約上の責任制限」問題を手がかりとして—」法学新報 113 巻 7・8 号（2007）4 頁以下も参照。

⁽⁷⁾ BGHZ 93, 27 f.

⁽⁸⁾ BGH, Urt. v. 20. 10. 1953 - I ZR 125 / 52: BGHZ 46, 140 ff.

基づく X の請求も適用される」とした⁽⁹⁾。

本判決では、贈与契約において贈与者が保護義務（本件では説明義務としての保護義務）に違反したために受贈者の完全性利益を侵害する場合、その保護義務が「契約と関連している」ならば、責任追及の要件について BGB521 条が適用されるとされた。さらにこの場合、贈与者による契約前および契約上の保護義務違反に BGB521 条が適用される場合およびその限りで、不法行為責任に対しても、BGB521 条の責任制限が適用されるとされた。

ただし、本件において問題となった繊維かすに瑕疵はないとされたものの、繊維かす譲渡について契約の目的として牛用飼料としての利用が前提とされており、そして飼料として与える量について適切な配分をしなければ牛にとって有害となるのであれば、この繊維かすは瑕疵あるものであったとも考えられよう。事実、この点を指摘する見解もある⁽¹⁰⁾。瑕疵ある目的物が問題となっているのであれば、BGH の見解に従えばこの限りで BGB524 条 1 項が問題とされるべきであったとも考えられる⁽¹¹⁾。

また、BGB521 条が保護義務違反にもまた適用されるか否かについて学説において争いがあるが、この点につき本判決では以下のように判断された。すなわち BGH の整理によれば、*Canaris*⁽¹²⁾や *Kollhosser*⁽¹³⁾が、BGB521 条の一般適用を支持する一方で、*Thiele*⁽¹⁴⁾、*Gerhardt*⁽¹⁵⁾、そして *Schlechtriem*⁽¹⁶⁾は適用に条件を設けると主張するとし、本判決も後者の見解に従うという。そしてその根拠については以下のように言う。「*Schlechtriem* のいうように、保護義務違反が生じたとき贈与者に完全に責任を負わせるというような解釈はたしかに BGB 成立史上支持されるかもしれない、事実 BGB521 条の前身である民法典第一章案 442 条は贈与約束に関連し、約束された給付の不発生により生じた損害を想定していた」

⁽⁹⁾ BGHZ 93, 29.

⁽¹⁰⁾ *Schlechtriem* は、現在（当時）主流である主観的瑕疵概念によれば、この繊維かすは、契約で前提とされた牛用飼料としての使用に照らすと瑕疵を備えており、そのため、BGB524 条 1 項が問題となるべきであったと指摘する。一方で、BGB524 条 1 項が適用されることで、贈与者（被告）は悪意の場合にのみ責任を負うことになるので、本判決の結論自体は正当であるという（*ders.*, BB 1985, 1356, 1358）。

⁽¹¹⁾ ただし、BGB524 条 1 項が本件で問題となったような瑕疵結果損害をも把握しようと BGH が判断したかどうかはわからない。本件において繊維かすが瑕疵あるものと判断され、BGB524 条 1 項が解決のために適用されるとすると、本件で問題となった損害が受贈者である農家 Y の有する家畜という完全性利益に対する損害であるため、果たして BGB524 条 1 項という規範が完全性利益保護のための規範であるのかという問題がさらに生ずることとなったであろう。

⁽¹²⁾ *Claus-Wilhelm Canaris*, Ansprüche wegen „positive Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475 ff., 481.

⁽¹³⁾ *Münchener Kommentar / Helmut Kollhosser*, BGB, Bd. 3, Halbbd. 1, 1980, § 521 Rn. 6 f. なお *Kollhosser* はこの時点では、BGB521 条は一般的な責任制限を含んでおり、そのために贈与者について契約締結上の過失や保護義務違反（積極的契約侵害）に基づく責任が生ずる場合にも、BGB521 条の適用が認められるとしていた。しかしその後、改説するに至っている。Vgl., *Münchener Kommentar / Helmut Kollhosser*, BGB, Bd. 3, Halbbd. 1, 2. Aufl., 1988, § 521 Rn. 5 ff. 改説後の *Kollhosser* の見解については後述する。

⁽¹⁴⁾ *Wolfgang Thiele*, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, 649 ff.

⁽¹⁵⁾ *Walter Gerhardt*, Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (Positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo), JuS 1970, 597 ff.

⁽¹⁶⁾ *Peter Schlechtriem*, Abgrenzungsfragen bei der positiven Vertragsverletzung, VersR 1973, 581 ff.

と指摘する。そしてこの趣旨は、最終草案においてもおそらく変更されなかったであろうという。さらに、使用借主の家畜への病気の感染の場合においてこのような広範囲に及ぶ責任制限が不当であるとし、第一草案 551 条（＝BGB600 条）を削除するという第二委員会における提案には、「それについては、不法行為のための損害賠償に関する諸規定によって対応されると回答された」とする *Schlechtriem* の指摘を挙げる。しかし BGH は、この理由づけには説得力はないとして、広く解釈できるこの規定の文言はむしろ逆方向へ向かうという。そのうえ、*Schlechtriem* によって支持された解決の場合⁽¹⁷⁾、BGB524 条 1 項に対する評価上の矛盾が回避されえないだろうとする。すなわち BGH は、BGB524 条 1 項により贈与物の「瑕疵」から受贈者に生じる損害に対する贈与者の責任は悪意の場合に制限されるが、その一方で瑕疵はないが「危険な」物の贈与者は説明義務の軽過失による違反のためにも責任を負うであろうとする評価は矛盾するという。それに対し、物を手放しそしてその物を寛大にも受贈者に譲渡する贈与者が、受贈者の契約上の期待に関連した損害に関して、一般に軽減された基準によってのみ責任を負う民事部の解釈は立法者の評価にまったく一致しうるとする。

本判決では、BGB521 条による責任の制限が不法行為責任にも適用されるのか否かについても検討されているが、単に先例を挙げ、不法行為責任へも制限された責任の基準が適用されなければならないと述べるにとどまっている⁽¹⁸⁾。

（二）学 説

学説における BGB521 条の責任制限規定の射程をめぐる議論については、とくにこの規定が、保護義務違反による損害賠償責任にも及ぶのかどうか、そして競合する不法行為上の請求権にも影響するのかどうかにつき、大きく分けて 3 つの見解が存在する。それぞれ、BGB521 条による責任制限は不能および遅滞による損害賠償の場合にのみ適用されるという見解（276 条優先説）、契約締結前あるいは契約上の保護義務違反、瑕疵結果損害、不法行為などに基づく損害に対して 521 条の適用があるとする見解（521 条優先説）、そして BGH と同様に、保護義務違反による責任が問題となる場合、その保護義務が契約目的に関係していれば 521 条の責任制限が適用されるという見解（折衷説）である。

1 276 条優先説

この見解は、保護義務違反による損害について贈与者の帰責を判断する際に、BGB521 条の責任制限は適用されず、276 条による通常の基準（故意・過失）によるべきとする。また、

⁽¹⁷⁾ *Schlechtriem* の見解は、瑕疵結果損害については責任制限規定の枠外にあるとする。これに関しては後述する。

⁽¹⁸⁾ BGHZ, 93, 29. すなわち、「BGB521 条の責任軽減は、同軽減が被告にとってその契約上および契約前の保護義務違反の場合に役に立つ場合、そしてその限りで不法行為に基づく現行の請求権に対してもまた影響しなければならない」とするのみで、BGH, Urt. v. 20. 10. 1953 - I ZR 125/52 (BGHZ 46, 140 ff. = NJW 1954, 155 f.) を挙げるにとどめている。

競合する不法行為責任に対しても BGB521 条は適用されず、823 条 1 項などの基準のみが問題となるとする。

Schlechtriem は、BGB521 条の射程につき、立法過程では、契約に従って典型的に受贈者にとって期待可能であった事柄の不発生のみが問題とされていたことが明らかであるとする⁽¹⁹⁾。BGB521 条の立法趣旨に関して、第一草案 442 条は第一草案 440 条で定められる贈与約束に関係し、贈与によって約束された物が給付されないことが想定されていたという⁽²⁰⁾。しかし、第一草案 442 条を BGB521 条に改める際に⁽²¹⁾、適用範囲の拡大が予想されず、そのために同条の適用範囲を限定することなしに責任制限が定められてしまったと指摘する。そして、受贈者の契約利益は不法行為法上保護される利益に一致することはないが、積極的契約侵害論によって、契約上の保護利益にも身体、生命、所有権等の法益が取り込まれたことで、ここにおいて契約責任と不法行為責任との競合問題が生じたという。積極的契約侵害に基づく責任（あるいは契約締結上の過失による責任）に関して BGB521 条が適用されるかどうかは疑わしく、それは立法者によって想定された通常の契約利益を超える利益の侵害に対する責任に対して、責任制限規定を拡張適用するには根拠づけが必要であること、その根拠づけは契約による保護に取り込まれるその他利益のすべてに適合する必要があること、そしてそのような利益の保護を責任の制限によって弱めるためには説得力ある理由が必要であるからとする⁽²²⁾。そして、責任制限が一般的に要求される行為義務に影響すべき理由、その義務違反のための責任が制限されるべき説得力ある理由は存在しないため、贈与者の寛大さは受贈者の契約上の期待に関連するにすぎないことから一般的財産保護に関連するものではないとする⁽²³⁾。

なお、*Schlechtriem* は、贈与目的物の瑕疵から生じた結果損害に関する責任の制限について以下のように述べる。立法者は、瑕疵結果損害を BGB524 条 1 項において扱うことを想定し、その限りでのみ責任制限が不法行為責任へ適用されるべきかどうかを検討されなければならないとしていたという⁽²⁴⁾。しかし、そのような責任制限を認めることは学説ではほとんど主張されず⁽²⁵⁾、正当化も困難であるとする⁽²⁶⁾。そして判例を引用し、瑕疵結果損害については現在のところ、BGB521 条によって処理されるという意見のみ見受けられ

⁽¹⁹⁾ *Peter Schlechtriem*, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, 1972, S. 332 ff.

⁽²⁰⁾ *Schlechtriem*, Vertragsordnung, a. a. O. (Fn. 19), S. 333.

⁽²¹⁾ なお原文では BGB599 条となっており、BGB521 条の誤りと思われる。

⁽²²⁾ *Schlechtriem*, Vertragsordnung, a. a. O. (Fn. 19), S. 333 f.

⁽²³⁾ そして一般的行為義務の軽減は、贈与者の属する社会生活領域 *Verkehrskreis* の基準から明らかになるにすぎず、たとえば古びたアイロンや自転車を贈与する者は、贈与の際につねに詳細な調査義務を負うわけではないとする。ただしこの場合、その基準は贈与者が専門家であるか素人であるかに応じて異なるとする。Vgl., *Schlechtriem*, Vertragsordnung, a. a. O. (Fn. 19), S. 335.

⁽²⁴⁾ *Schlechtriem*, Vertragsordnung, a. a. O. (Fn. 19), S. 334.

⁽²⁵⁾ *Schlechtriem* によれば、*Gerhardt*, a. a. O. (Fn. 14), 597 ff. がその見解であるという。

⁽²⁶⁾ *Schlechtriem* は、受贈者が「所有権者 *dominus*」として、無償で取得した物から結果として生じた損害をも負担しなければならないことを基準とする限りで、結局、自己の危険に基づく行為という制度でもってよりよく表され、そして同制度が当てはめられると評価しうことは明らかであるという。

るという⁽²⁷⁾。

*Larenz*は⁽²⁸⁾、BGB521条は贈与者の給付，したがって約束された贈与目的の実現に基づく受贈者の利益が問題となる場合，すなわち給付不能および遅滞の場合にのみ適用され，贈与者の保護義務違反や受贈者のその他法益の保持利益が問題となる場合には適用されないとする⁽²⁹⁾。なぜならば，贈与者の非利己性 *Uneigennützigkeit* は，他人の法益保護に対して配慮する必要がないことまでも正当化するものではないからだという⁽³⁰⁾。

次いで *Larenz* は，前掲 BGH 判決が不法行為責任にも BGB521 条の適用を認めた点について次のように批判する。すなわち，「…BGH は、『契約目的と関連する』保護義務違反が問題となる場合，不法行為責任もまた責任制限の適用を受けるという。しかし，問題となっている一般的社会生活上の安全義務 *Verkehrssicherungspflicht* 違反およびそれにより根拠づけられる不法行為責任に 521 条は適用されるべきでないだろう。贈与者の『非利己性』は，この事例のように，贈与者にとって不要な廃棄物を最も容易な方法で廃棄したことで問題が生ずる場合であっても，社会生活上の安全義務の軽減を正当化するものであってはならない」という⁽³¹⁾。

Stoll は前掲 BGH 判決の評釈において⁽³²⁾，第一に BGB521 条の立法過程から，同条では贈与約束（BGB518 条）の不履行に基づく責任のみが適用範囲として想定されていたとする。BGB521 条に責任制限の適用範囲を限定するような文言が用いられていないことに特別な意味はなく，それは立法当時の判例・学説の立場上，贈与者の契約責任は，贈与約束によってのみ根拠づけられる給付義務の不履行のみを意味していたことは明らかであり，その限りでは立法者は文言を限定していたという。そして完全性利益侵害は，立法者によれば不法行為法規範の問題であったという。

さらに BGH は，契約目的と「関連する」保護義務および社会生活上の義務に BGB521 条が適用されないとするならば BGB524 条 1 項に矛盾する恐れがあるとするが⁽³³⁾，これには反論可能であるという。すなわち，①BGH の解釈によれば BGB524 条 1 項は特別法として BGB521 条に優先するが，なぜ贈与者が（目的物の）欠陥について，その欠陥を故意に黙秘した場合だけでなく，重大な過失により黙秘してしまった場合にも責任を負わなければ

⁽²⁷⁾ *Schlechtriem*, *Vertragsordnung*, a. a. O. (Fn. 19), S. 334. *Schlechtriem* がここで引用している判例は，RG, Urt. v. 20. 5. 1935: SeuffA 89, Nr. 160, 329 f. および LG Köln, Urt. v. 13. 7. 1966: MDR 1966, 926 = VersR 1967, 240 である（*ders.*, *Vertragsordnung*, a. a. O. [Fn. 19], S. 335, Fn. 207 ff.）。なお，*Schlechtriem* は，*Schuldrecht* BT., 6. Aufl. 2003, S. 82, Rn. 191 においても前掲 BGH 判決に言及し，BGH は贈与者の契約を超える責任をも，主たる給付義務の侵害による競合責任となる限りで軽減するが，保護義務違反に関してその理解は適切でないと指摘し，自己の見解と一致しないとする。

⁽²⁸⁾ *Karl Larenz*, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II / 1, 13. Aufl., 1986, S. 201 ff.

⁽²⁹⁾ *Larenz*, a. a. O. (Fn. 28), S. 202. *Larenz* は，贈与者が，贈与の目的物である布地が特に引火しやすいことを知りながらこれを受贈者に告知せず，その結果火災により受贈者が損害を被る場合，不法行為責任が生じ，また過失による保護義務違反のため，契約締結上の過失などにに基づき責任を負うとする。

⁽³⁰⁾ *Larenz*, a. a. O. (Fn. 28), S. 202.

⁽³¹⁾ *Larenz*, a. a. O. (Fn. 28), S. 202, Fn. 18.

⁽³²⁾ *Hans Stoll*, JZ 1985, 384 ff.

⁽³³⁾ *Stoll*, a. a. O. (Fn. 32), 385.

ならないのかが不明であること⁽³⁴⁾、②BGB524条1項は目的物に瑕疵がないことに対する受贈者の信頼（＝信頼利益）を保護するため、立法者はBGB524条を完全性利益の侵害場面に適用することを意図していないと指摘する。このことから *Stoll* は、BGB521条および524条は完全性利益保護に関連しないとする⁽³⁵⁾。ただし *Stoll* は、贈与契約における贈与者の無償行為＝寛大さを全く評価しないというわけではなく、取引慣行として他方当事者に純粋な好意を示す者に対して、どのような程度の注意を要求するのかが問題となるという。そのため、結論としては無償行為者について保護義務違反や社会生活上の安全義務違反の認定について、その寛大さが考慮されてよいという⁽³⁶⁾。

Schubert も前掲BGH判決の評釈において⁽³⁷⁾、BGB521条という責任制限規定の射程に関して次のようにいう。まず、契約責任と不法行為責任との競合問題は、立法者にとって認識されていなかった積極的債権侵害という義務違反類型を媒介として、不法行為法の欠缺を補充する試みであり、BGB521条を贈与目的物に関連するあらゆる義務に適用しようとするならばこの意図に背くことになるという⁽³⁸⁾。一方、契約責任と同じく不法行為責任も立法時からその範囲について相当に変更が生じたため、問題を解決するに当たって立法者意思への単純な回帰は不可能であるという。しかし、支配的見解（※*Schubert* は折衷説を支配的と評価する）によるBGB521条の拡大解釈は、立法者の意思に明確に反しかつ受贈者の権利保護を正当化しえないほどに制限することになるともいう。

そこで *Schubert* は、BGB521条の射程について再定式化を試みる。*Schubert* によれば、贈与契約における完全性利益侵害の場面において、贈与者が受贈者に特別な信頼を与えた

⁽³⁴⁾ *Stoll*, a. a. O. (Fn. 32), 385 f. *Stoll* のいう反論①について少し補足すると以下のとおりである。すなわち、先のBGH判決によれば、受贈者の完全性利益に損害が生じた場合、それが目的物の瑕疵から生じたもの＝瑕疵結果損害であればBGB524条1項が適用される（悪意が基準となる）。一方でそうでない場合、たとえば瑕疵はないが危険性のある目的物によって損害が生じた場合には、当該贈与契約における完全性利益保護のための義務が「契約目的物と関連する」限りで521条が適用される（故意または重過失が基準となる）。しかし *Stoll* によれば、この解釈に従うとBGB524条1項が521条に対して特別法の関係にあることとなるという。そのため、特別法であるBGB524条1項が適用されないとすれば521条が適用されることとなるが、このことは、目的物の瑕疵について悪意ではないが、故意や重大な過失による黙秘がある贈与者にむしろ責任を負わせる結果となってしまい妥当でないというのである。なるほどBGB276条の基準と比較する限りでは、BGB521条も524条1項もどちらも責任基準の制限であるが、521条と524条を比べた場合には、521条はより緩和された帰責要件であり、この限りでは贈与者にとって責任の加重を意味してしまう。それにもかかわらず、両者を特別法と一般法という関係で捉えるBGHの解釈は、贈与者に瑕疵の黙秘について悪意はないが故意や重大な過失があるときに、BGB521条によって帰責が可能となるというように、場合によっては責任を免れるべき贈与者に責任を負わせてしまう結果となり、結局はBGHの目指す規範的評価に矛盾する場面が生ずるにもかかわらず、BGHがこれを是としていることが理解できないというのである。しかしこの理解に疑問がないではない。なぜなら、すでに見たようにBGHは、目的物に瑕疵がある限りではBGB524条1項の問題となるがそうでない場合には521条の問題であるとしており、果たして実際にBGHが、*Stoll* のように両規定を特別法・一般法の関係で理解しているかは、先のBGH判決の内容からはなお不明であるといわざるを得ないからである。

⁽³⁵⁾ *Stoll*, a. a. O. (Fn. 32), 386. *Stoll* は、*Schlechtriem*, *Vertragsordnung*, a. a. O. (Fn. 19), S. 332 ff.および *Larenz*, a. a. O. (Fn. 28), S. 172 を同旨として挙げる。Vgl., *ders.*, a. a. O. (Fn. 32), 386, Fn. 11.

⁽³⁶⁾ *Stoll*, a. a. O. (Fn. 32), 386.

⁽³⁷⁾ *Werner Schubert*, JR 1985, 324 ff.

⁽³⁸⁾ *Schubert*, a. a. O. (Fn. 38), 325.

場合には BGB521 条は適用されないとする⁽³⁹⁾。さらに、不法行為責任に対して BGB521 条の適用を認める BGH の見解は、若干抽象的であるという。贈与目的物と関連し、受贈者の身体損害を導く保護義務違反が問題となる場合には、不法行為責任を追及するに当たっても BGB521 条による責任の基準が適用されるのかという問いに十分に答えるものでない以上、BGH の見解は否定されとする⁽⁴⁰⁾。そこで、贈与契約において不法行為責任が追求される場合にも、贈与者の行為義務の射程は受贈者の契約の期待から導かれるべきであるとする。

Grundmann は、無償契約債務者の責任制限規定に関し、とくに瑕疵結果損害に対する責任制限規定の適用可能性について以下のようにいう⁽⁴¹⁾。まず、無償契約における瑕疵結果損害は、不履行に基づく損害ではなく不完全履行に基づく損害であり、この損害はその大部分が積極的契約侵害を根拠に帰責されとする。

しかし、この原則は BGB 立法者に知られていなかったため、ここでは法律の欠缺が問題となるとし、法規の文言や立法者意思によって根拠づけることが不可能であると指摘する。そこで *Grundmann* は体系的解釈を試みる⁽⁴²⁾。BGB における無償契約債務者の責任制限規定のなかでも、債権者の完全性利益に係る BGB690 条(無償受寄者の注意義務の軽減)が重要であるとする。寄託契約において、無償契約債務者(受寄者)による目的物の滅失や損傷というかたちでの義務違反は、まさに債権者(寄託者)の完全性利益を侵害するものであるが、この場合に無償で物を預かる受寄者の注意が自己の物に対するのと同じの注意に軽減されている理由は、無償性によるというよりも、他人の物と自己の物とを同時に管理するというに由来するという。そのため、BGB690 条という完全性利益に向けられた唯一の責任制限規定の趣旨は、その他の責任制限規定には当てはまらないとする。したがってその他の責任制限規定は、無償契約債権者の完全性利益侵害について、無償契約債務者の責任は重大な過失や悪意による義務違反がある場合にのみ生ずるとしているのではないことになるという。

そして、目的論的解釈も同様の傾向を示すという⁽⁴³⁾。支配的見解(折衷説)は、無償契約債務者に対して目的物をできるだけ正確に検査することを要求できない理由として債務者の負いうる高額な損害賠償の請求を回避するという目的を挙げるが、無償契約の債権者は、債務者がこのような措置を最大限に果たすことではじめて危険を免れる。そのため、支配的見解による限りでは、場合によっては重大な過失がある場合や、それどころか故意ではある

⁽³⁹⁾ *Schubert* は、そのような場面の例として、贈与者自身が物の製造者でもあり、あるいは生産に関する特別な知識を有している場合、または物が抽象的一般的に危険である場合を挙げている (*ders.*, a. a. O. [Fn. 38], 325)。また、このことから *Schubert* は BGB521 条の保護義務違反への適用可能性についてこれを完全に否定しているのではなく、条件付きで適用可能としていることがわかる。

⁽⁴⁰⁾ BGH が不法行為責任に対して BGB521 条を適用する理由について、被侵害利益の重要性などを考慮することなく先例を挙げるにとどめていることを指して抽象的と評価しているものと思われる。

⁽⁴¹⁾ *Stefan Grundmann, Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte*, AcP 198 (1998), S. 457 ff.

⁽⁴²⁾ *Grundmann*, a. a. O. (Fn. 41), S. 466. 立法者意思を直ちに根拠として問題を解決しえないとする限りでは、*Schubert* に類する。

⁽⁴³⁾ *Grundmann*, a. a. O. (Fn. 41), S. 467 f.

が悪意ではないという場合にも無償契約債務者を免責しなければならなくなり適切でない
と指摘する。このとき無償給付 *unentgeltliche Zuwendungen* に対し、債権者はいわば危険
の引受けというかたちで対価を払っているものであり、経済上の意味ではもはや無償でない
という。そして、目的論的解釈によれば、瑕疵結果損害のための責任は不法行為責任になじ
みやすく、贈与者および使用貸借貸主はその債権者よりも物の特性についてよく知ること
ができ、それゆえに危険をより少ない費用で抑制できるという⁽⁴⁴⁾。そして、相手方の財産が
侵害される場合、以上から無償契約債務者が危険を相対的によく支配できるため、無償行為
は質的に転換し、軽過失によりすでに責任が肯定されうるという⁽⁴⁵⁾。

そして *Grundmann* は、「すべての無償法律行為につき、無償契約債務者は、他方当事者
の完全性利益侵害のため、軽過失がある場合に責任を負う。ただし、以下の場合を別とする。
すなわち、(寄託契約において) 債務者が BGB690 条によって要求される注意を遵守してい
る場合、そして常に BGB254 条を通じて寛大さもまた考慮されうるという留保を伴う場合
である。履行利益に関しては、無償契約債務者は、少なくとも重大な過失のある場合に責任
を負い、権利あるいは物の瑕疵に関しては、債務者の財産に存在した物を譲渡する場合にお
いては、悪意の場合にはじめて責任を負う」という⁽⁴⁶⁾。ここでは無償契約債務者の責任につ
いて、契約法規定が定めるようにどのような基準で責任を負うのかという点での責任制限
よりも、無償契約債務者が無償給付によって示す好意や寛大さといった要素を、BGB254 条
という共働過失を通じた損害賠償額減額要素として考慮することで、責任の量的制限とい
う意味での責任制限が志向されており、注目できる。

Kollhosser も、立法者の想定していた BGB521 条の適用範囲は不能および遅滞という不
履行類型のみであり、その他の不履行類型には適用されないとする⁽⁴⁷⁾。BGB521 条という
責任制限を不法行為責任の制限も導きうるものとし、さらに契約上あるいは契約前の注意
義務を制限することは、受贈者にとって贈与者の影響圏内へ赴くことを危険なものにする
という⁽⁴⁸⁾。つまりほんの些細な贈り物をもって、すでに贈与者は受贈者にとっての最高法
益の侵害についてさえ、重大な過失がなければ責任を負わなくてよいという特許状が与え
られることになるが、贈与者が受贈者に知られていない贈与物の危険性を告げるという義

⁽⁴⁴⁾ *Grundmann*, a. a. O. (Fn. 41), S. 468 f.

⁽⁴⁵⁾ *Grundmann*, a. a. O. (Fn. 41), S. 470.

⁽⁴⁶⁾ *Grundmann*, a. a. O. (Fn. 41), S. 473. なお *Grundmann* は、無償契約債務者の責任について、発生
した損害の原因となっている被侵害利益によってどのような基準で責任を負わせるべきかを区別すること
に特段の意味はないとし、責任を考慮するに当たっては BGB254 条（共働過失）を適用することが望ま
しいと主張する。すなわち、「寛大さは、たしかに不注意であることを認める特許状であるべきではない
が、しかし無償契約債務者に対して注意を遵守することを超えてそれ以上の負担を課すことは許されな
い。そしてこのことは、説明義務の領域においては、目的論としても経済的な効率思考をもってしても全
く根拠づけられうる」。Vgl., *ders.*, a. a. O. (Fn. 41), S. 470 f.

⁽⁴⁷⁾ 前述のように *Kollhosser* は、かつては保護義務違反や契約締結上の過失に基づく贈与者の責任につ
いて、責任の要件としては BGB521 条が優先して適用されるとする説であったが、現在では説を改めるに
至っている（前掲注(13)参照）。改説後の *Kollhosser* の見解については、*Münchener Kommentar /*
Helmut Kollhosser, BGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2004, § 521 Rn. 6 ff. によった。

⁽⁴⁸⁾ *Münchener Kommentar / Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. (Fn. 47), § 521 Rn. 7.

務に軽過失で侵害した場合に責任を負わないということは適切ではない。贈与者の寛大さは、贈与物を超えて一般的に他人の法益保護を目的とする一般的注意義務を、贈与者につき BGB521 条の定めるように強力に免除するための根拠としては十分でない⁽⁴⁹⁾。そのため、この場合は BGB276 条の基準が適用され、贈与という契約の特別性はせいぜい注意義務を算定する際に考慮されうるにすぎないという⁽⁵⁰⁾。

ただし、*Kollhosser* は不法行為責任に対する BGB521 条の責任基準の適用可能性については、上記の他の見解とは異なる見解を示す。すなわち、契約法上の責任制限は BGB823 条以下による不法行為責任に対しても適用されなければならないらず、それは、適用がないとすればこの責任制限が一般に無意味なものになりうるからであるとする⁽⁵¹⁾。しかし、*Kollhosser* は、あらゆる不法行為責任に対して責任制限規定が適用されるとはせず、前掲 BGH 判決に従い、責任制限規定は、保護義務違反に対し責任制限規定が適用される場合、そしてその限りでのみこのとき競合する不法行為責任に対しても適用されるとする。

しかし結論としては、先に述べたように BGB521 条は保護義務違反には適用されないため、結果として責任制限を受ける保護義務と不法行為責任との競合は生じえず、不法行為責任に 521 条が適用されることはないとする。また、物の瑕疵より生じる瑕疵結果損害のための帰責基準も BGB276 条によるとする⁽⁵²⁾。贈与という契約の特別性は、注意義務の範囲決定の場合に考慮されるにすぎないとしている⁽⁵³⁾。

2 521 条優先説

この見解は、契約締結前あるいは契約上の保護義務違反や瑕疵結果損害に対する贈与者の責任を判断するに際して BGB521 条の基準が適用されるという。ただし、この見解を現在主張する学説はごく少数であり、わずかに *Wimmer-Leonhardt* の見解のみをあげることができる⁽⁵⁴⁾。なお *Wimmer-Leonhardt* は、保護義務違反について BGB521 条の基準による責任制限を認めつつも、不法行為責任に対する 521 条の適用を認めないという点で特徴がある。

Wimmer-Leonhardt は、BGB521 条の射程に関し、上記 BGH の態度は瑕疵結果損害を BGB524 条の問題とし、一方で不適切な説明による損害を 521 条の問題とする点で適切でないように思えるという。しかし、契約目的と関連しない受贈者のその他法益に対して生じ

⁽⁴⁹⁾ *Münchener Kommentar / Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. (Fn. 47), § 521 Rn. 7 f.

⁽⁵⁰⁾ *Münchener Kommentar / Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. (Fn. 47), § 521 Rn. 9.

⁽⁵¹⁾ そして、契約法上の責任制限規定を不法行為上の請求権にも影響させる判例を正しいものと指摘する。*Münchener Kommentar / Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. (Fn. 47), § 521 Rn. 10.

⁽⁵²⁾ すなわち BGB524 条は、物の瑕疵に関する贈与者の責任基準を設けているが、悪意という要件に制限される責任によって把握される損害は、瑕疵損害（例：贈与された犬が番犬として適していない）そのものであり、それを超える損害（例：贈与された犬にかみつ়癖があり、そのために受贈者が致命的なけがを負う）ではないとする。Vgl., *Münchener Kommentar / Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. (Fn. 47), § 521 Rn. 12.

⁽⁵³⁾ この限りでは、*Stoll* と見解を一にする。276 条優先説に属するその他の見解として、*Jauernig / Heinz-Peter Mansel*, BGB, 12. Aufl. 2007, § 521 Rn. 1, § 524 Rn. 1 がある。

⁽⁵⁴⁾ *Staudinger / Susanne Wimmer-Leonhardt*, BGB, 2005, § 521 Rn. 1 ff., § 523 Rn. 1 ff., § 524 Rn. 1 ff.

た損害のための責任が問題となる場合にも、その原因が何であるか（物の瑕疵，誤った指示，あるいは不注意）に関わらず責任の基準を統一する必要がある，一般に贈与者は BGB280 条 1 項に基づいて 521 条の基準をもって責任を負うとする⁽⁵⁵⁾。さらに，立法者意思をもってこのことに反論することはできず，それは，契約締結上の過失や積極的債権侵害という概念はたしかに立法後はじめて発見されたものの，一方で BGB521 条は文言上不能ないし遅滞に限定されることなく包括的一般的に規律されており，仮に立法者が立法当時，既知であった一定の給付障害類型（不能，遅滞）を適用の対象として挙げていたとしても，契約上問題となる責任がすべてこの規定により処理されることを否定するには足りないという⁽⁵⁶⁾。

その一方で，不法行為責任（とくに本来的な不法行為責任）に関しては，BGB521 条の基準は適用されないという。すなわち，不法行為責任を補充するために積極的債権侵害論が展開されたが，これは贈与者にとって，その責任制限を契約上の結びつきのない第三者に対しても拡張することになったとする。しかしこの場合，不法行為責任に BGB521 条が適用されないとしても，他の学説が論ずるように契約法上の責任制限規定が空転することはなく，むしろ責任制限規定は，積極的債権侵害および契約締結上の過失によって補充される贈与者の責任のみを対象とする。したがって，受贈者の完全性利益は，軽過失のために追及される不法行為責任と，重過失がある場合には追加的に問題となる契約責任とにより十分に保護されるという⁽⁵⁷⁾。

3 折衷説

この見解は，贈与契約において保護義務違反に由来する損害に対する責任が問題となる場合，BGH と同様に同義務が契約目的と関連する場合に限って BGB521 条による責任制限の適用を認める。また，この場合に不法行為責任が競合して生ずるとき，同じく契約目的と関連する保護義務が問題となる限り同責任に対しても BGB521 条の基準を適用して不法行為責任の有無が判断されるべきとする見解が多い。

Gerhardt は，*Canaris* や *Thiele* の見解を参考に⁽⁵⁸⁾，BGB521 条等の責任制限が積極的債権侵害あるいは契約締結上の過失へも適用可能であるかについて検討する⁽⁵⁹⁾。*Gerhardt* によれば，*Canaris* は，法律による責任の修正を契約前の段階における義務違反が問題となる場合にも拡張することを支持しており，*Canaris* による統一的保護関係においては，贈与

⁽⁵⁵⁾ *Staudinger / Wimmer-Leonhardt*, a. a. O. (Fn. 54), § 521 Rn. 11, 14.

⁽⁵⁶⁾ *Staudinger / Wimmer-Leonhardt*, a. a. O. (Fn. 54), § 521 Rn. 11.

⁽⁵⁷⁾ *Staudinger / Wimmer-Leonhardt*, a. a. O. (Fn. 54), § 521 Rn. 13. そのほか 521 条優先説を支持する学説として，たとえば，*BGB-RGRK / Hans-Robert Mezger*, BGB, Bd. 2, 12. Aufl., 1978, § 521 Rn. 1 がある。さらに学説では，*Canaris*, a. a. O. (Fn. 12), 475 ff.などもこの見解に属するものとして挙げられている。*Mezger*は，BGB521 条は積極的債権侵害による損害にも適用されるというが，BGH のような区別づけなどは行っていない。Vgl., *RGRK / ders.*, a. a. O., § 521 Rn. 1. *Canaris* は，法律による責任の修正・契約上の責任制限は契約の前段階における義務違反にも適用されるとしているが，BGB521 条については特に言及していない。*Ders.*, a. a. O. (Fn. 12), 475, 481.

⁽⁵⁸⁾ *Canaris*, a. a. O. (Fn. 12), 475 ff.; *Tiele*, a. a. O. (Fn. 14), 649 ff.

⁽⁵⁹⁾ *Gerhardt*, a. a. O. (Fn. 15), 597 ff.

者あるいは無償受寄者が一方当事者であるならば、法定保護関係の下でもそれぞれの契約法規定が定めている責任制限規定が適用されるであろうことが推論されるという⁽⁶⁰⁾。さらに *Thiele* を引用し、責任制限は、責任制限規定によって保護を受けることにより利益を受ける者が、契約において贈与者（または使用貸借貸主、無償受寄者）という立場に対して要求される行為をする場合においてのみ適用されるという。そのため保護義務の枠内で、給付目的物と関連する損害と目的物それ自体と関連しない損害とを区別し、前者の損害であれば債権者のその他法益への結果損害に関しても、BGB521 条などの基準が適用されて故意または重大な過失の場合にのみ責任を負うという⁽⁶¹⁾。

しかし、*Gerhardt* によれば、*Thiele* の見解に賛成しうるものの、結果損害に関しては BGB524 条が適用されるという修正が必要であるという。すなわち、*Thiele* の見解によれば、責任制限の問題においては基本的に「所有者が危険を負担する *dominus sentit casum*」という原則の作用が問題となり、物の危険が贈与者に転嫁されないということは、贈与目的物へ向けられる責任制限と贈与者の利他主義的行為への配慮とから推論される。そしてまた、受贈者は贈与を受けることを強制されず、物とともに瑕疵などによる損害発生の可能性をも自己の支配領域に取り込むか、あるいはそれを放棄するかを決定できるからだという⁽⁶²⁾。

Medicus は、276 条優先説が根拠として挙げる BGB 立法者の意思や債権者の保護の必要性は、保護義務違反等に対して責任制限規定の適用を認めない理由にはならないという⁽⁶³⁾。すなわち、この見解は債権者の保護にのみ一方的に注意を払い、他方で責任制限によって優遇される債務者の利益は考慮しないままにしている。しかし、責任制限を受けるという債務者の利益にも十分な（配慮のための）理由が存在する。すなわち、贈与者は贈与によって財産上の出捐を進んで行うが、その出捐は贈与される目的物の価値に限られる。しかし、債権者の保持利益⁽⁶⁴⁾は、給付利益とは異なってこれをさらに上回りうるものであり、場合によっ

⁽⁶⁰⁾ *Gerhardt*, a. a. O. (Fn. 15), 597, 600; *Canaris*, a. a. O. (Fn. 12), 475, 480.

⁽⁶¹⁾ *Gerhardt*, a. a. O. (Fn. 15), 597, 600; *Thiele*, a. a. O. (Fn. 14), 649, 654.

⁽⁶²⁾ 他方で、責任制限規定が契約目的物に結びつくということは、同時にこれら責任制限が一般的に契約目的物と関連しない保護義務には影響しないことも明らかにするという。すなわち、他人の生命や健康を危殆化させないという一般的な法律上の義務は、贈与者、使用貸借貸主そして無償受寄者のためにも当てはまり、たとえば、旅客運送契約における監護義務 *Obhutspflicht* のような純粋な付随義務に関しては、無償行為者の責任制限の内的正当化根拠である無償性は、帰責性に基づく責任軽減を導くものでないという。Vgl., *Gerhardt*, a. a. O. (Fn. 14), 600. *Gerhardt* は、契約上の責任制限と不法行為法との競合に関して言及していないため、詳細は不明であるが、やはり契約目的と関連する義務違反が問題となる限りで不法行為法上の請求権にも責任制限が影響するという立場であるように思われる。また、*Gerhardt* と同じく、*Bamberger / Roth / Gehrlein*, BGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2007, § 521 Rn. 5; *Erman / Eckart Hermann*, Bd. 1, 12. Aufl., 2008, § 524 Rn. 2; *Palandt / Walter Weidenkaff*, BGB, 67. Aufl., 2008, § 524 Rn. 4 も瑕疵結果損害を BGB524 条によって把握されるものとする。また、前掲 BGH 判決も瑕疵結果損害を BGB524 条 1 項の問題としているものと解されている。

⁽⁶³⁾ *Dieter Medicus*, Zur Reichweite gesetzlicher Haftungsmilderungen, in: FS Odersky, 1996, S. 589 ff., S. 591 ff. しかし前述のように、BGB276 条優先説の論者全員が立法者意思を BGB521 条の適用対象の限定理由として挙げているわけではない。むしろ反対に、BGB 施行後の契約責任論の展開から立法者意思への単純帰帰不能性を指摘する見解もある。たとえば *Schubert*, a. a. O. (Fn. 38), 325; *Grundmann*, a. a. O. (Fn. 41), S. 466 参照。

⁽⁶⁴⁾ 保持利益 *Erhaltungsinteresse* はいわゆる完全性利益 *Integritätsinteresse* と同義として用いられてい

ては全く算出不能なほどに高額になりうる。債務者が、そのような極端な損害が生じた場合、自身に軽過失しかないのであれば補償するつもりがないということはもっともであるし、債権者としてもほぼそのように期待すべきである。そして、責任制限を保持利益の侵害場面へと拡張することは、生命および身体が保護法益として序列が高いとしても、結局は不可避であるとする。加害者（債務者）に対する負担の増加は、被害者（債権者）の負担の軽減と同様に根拠づけが必要であるという⁽⁶⁵⁾。

次に、立法者意思による理由づけについて、まず BGB521 条の文言は全く限定なく規定されており、契約の「履行」といった適用範囲の限定は存在しない。そのため、この規定を限定的に解釈することが実際に可能であるか、そして解釈に当たって、限定的理解を基準とするべきであるかは疑わしいという⁽⁶⁶⁾。さらに、この論証は BGB 成立後展開されてきた保持利益保護によっても説得力を失うという。*Schlechtriem* の指摘のとおり、積極的契約侵害論によって契約責任領域に身体、生命、所有権などの諸法益が取込まれた一方で⁽⁶⁷⁾、不法行為責任領域でも、新たに形成された「社会生活上の義務」を通じてその範囲が拡大されてきた。それゆえ、たとえ立法過程において、第二委員会が保持利益保護については、契約法における責任制限規定の適用されない不法行為による保護を想定していたとしても、このような不法行為に基づく債権者の保護も現代では拡大されていることから、債務者の責任制限により限定されるに値すると考えられるという。

以上のように 276 条優先説を批判したうえで、*Medicus* は BGB521 条などによる責任制限法理の定式化を試みる。あらゆる法律上の責任制限は、その文言上は債務者の帰責性に関連するものであるが、その帰責性が問題となる前提は債務者の負っている義務であり、そのために責任制限はまず義務違反そのものに関連するという⁽⁶⁸⁾。条文の文言のみを見れば、このような定式は適切でないようにも思えるものの、義務レベルを出発点とすることで債務者を損害賠償請求権から解放するだけでなく、履行請求権からも解放するということが重要であるという⁽⁶⁹⁾。これにより、給付義務と保護義務とはしばしば区別できないため責任制限の適用を給付義務違反の場合に限定することも意味のないものとなるという⁽⁷⁰⁾。

る。

⁽⁶⁵⁾ *Medicus*, a. a. O. (Fn. 63), S. 592 f.

⁽⁶⁶⁾ *Medicus*, a. a. O. (Fn. 63), S. 593. 無償契約債務者に、完全性利益侵害から生ずる高額な賠償責任を負わせるべきではないと評価される点で特徴的である。

⁽⁶⁷⁾ *Schlechtriem*, *Vertragsordnung*, a. a. O. (Fn. 19), S.333.

⁽⁶⁸⁾ *Medicus*, a. a. O. (Fn. 63), S. 594, S. 596 f. なお、*Medicus* はこの主張につき、条文の文言に適用ものではないものの、責任制限が義務そのものにも及ぶという主張の根拠として以下のようにいう。たとえば、276 条 1 項 1 文では注意の懈怠と義務違反とが結びついていることや、債務者が自己の事柄に用いるのが常である注意 *Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten* に違反した場合に帰責が制限される（BGB277 条、690 条、1359 条など）というときには、この要件の下、債務者は引渡さなければならない物を自己の有する財産と同様に扱ってもよいこととされており、したがって特別な安全のための措置を義務づけられていない（＝義務内容そのものが制限を受けている）とする。

⁽⁶⁹⁾ *Medicus*, a. a. O. (Fn. 63), S. 597.

⁽⁷⁰⁾ *Medicus* は例として、前掲 BGH 判決で、飼料を与えられた牛の体重の減少による損害発生（保護義務違反）も体重が増加しなかったことによる損害発生（給付義務違反）も、繊維かすの正しい用法に関する情報提供がなかったということに由来すると指摘している。

さらに、贈与者の契約上の義務は制限されるが、競合する不法行為上の諸義務は制限されないとしても問題があるとする。なぜなら、これを認めるならば、契約法が責任制限規定を通じて贈与者に与えようとしている免責効を不法行為法により失わせることになるためだという⁽⁷¹⁾。

そして、責任制限による帰責性の制限が、義務の制限と同様に保持利益侵害のための責任および競合する不法行為責任のためにもまた適用されるかという問題について以下のようにいう。まず、帰責性レベルでの個別的事情が義務レベルでの一般的事情と異なる取り扱いをされる理由は定かでない。そして、給付利益と保持利益との区別困難性や、保持利益に関する債務者の莫大かつ重大な負担の可能性のため、保持利益侵害のための責任や不法行為責任に対しても責任制限が適用されるという⁽⁷²⁾。

次いで瑕疵結果損害に関して、*Schlechtriem* の見解や *Schubert* の見解によれば契約責任と不法行為責任との差はなくなるが⁽⁷³⁾、とくに *Schubert* がその論拠としている瑕疵損害と瑕疵結果損害の区別自体が問題のあるものであるとする⁽⁷⁴⁾。そして瑕疵損害の賠償が、なぜ因果関係上隔たりのある瑕疵結果損害の賠償よりも強く制限されるべきか理解できないという。結局、これらの見解によれば悪意のための責任とあらゆる過失のための責任の間の「責任の断絶 *Haftungssprung*」が不当に広がるとし、瑕疵結果損害が「契約目的物と関連する」保護義務違反に由来する場合にのみ⁽⁷⁵⁾、BGB521 条による責任制限の適用を認め

⁽⁷¹⁾ また、贈与者に「利己心 *Eigennutz*」がある場合は社会生活上の義務から解放されないという見解 (*Medicus* は *Larenz*, a. a. O. [Fn. 28], S.202, Fn. 18 を挙げる) に対し、利己心の存在に関する評価の困難性や、贈与者の利己心が明らかであればあるほど受贈者は安全を期待するということになるだろうかという疑問から、利己心の存在と責任制限の有効範囲には関係がないとする。ただし、利己心が無償性の妨げとなり、贈与と契約自体が認められない場合は別としている。Vgl., *Medicus*, a. a. O. (Fn. 63), S. 597 f. 贈与者と受贈者の間の専門知識の格差についても無償性とは関係ないが、専門知識の格差は情報提供義務を根拠づけうるという。そして、この義務は BGB521 条によっても完全には排除されないが軽減はされ、贈与者は、受贈者にとって危険となりうるあらゆる事情を説明する義務を負うが、説明すべき事情は、贈与者が知っていたかあるいは予期できる危険に関するものに限られるという。 *Medicus*, a. a. O. (Fn. 63), S. 598.

⁽⁷²⁾ *Medicus*, a. a. O. (Fn. 63), S. 602. *Grundmann* は、給付利益（履行利益）と完全性利益の区別の困難性に関して、これを根拠として説得力のないものだとする。Vgl., *ders.*, a. a. O. (Fn. 40), S. 463, Fn. 18.

⁽⁷³⁾ *Schlechtriem*, BB 1985, 1356, 1358; *Schubert*, a. a. O. (Fn. 38), 324, 325. *Schlechtriem* は瑕疵結果損害は BGB524 条 1 項の問題であるが、不法行為責任が優先適用されるとする。 *Schubert* は瑕疵結果損害を BGB276 条 1 項 1 文の問題としてとらえる。

⁽⁷⁴⁾ 例として、*Medicus* は旧 BGB 635 条および旧 638 条における両損害概念の区別の困難さを挙げる。Vgl., *ders.*, a. a. O. (Fn. 63), S. 603.

⁽⁷⁵⁾ ここで、BGB521 条に関する BGH 判決のほか、いわゆる折衷説において、BGB521 条ないし 599 条を保護義務違反に対して適用するための条件である「契約目的（物）と関連する」という要件について補足しておく。まず、BGB521 条ないし 599 条が原則として給付遅滞および不能の場合を想定して規定されたという点にドイツ判例・学説上争いはない。問題となるのは、いわゆる積極的契約侵害や契約締結上の過失といった、立法後明らかになった遅滞・不能以外の義務違反類型に、これら責任制限規定が適用されるか否かである。こうした義務違反の場合に侵害されるのは、債権者の身体やその他財産といったいわゆる完全性利益である。そのため、無償契約であることを根拠とする責任制限規定によって、こうした重大な利益の侵害についても債務者の責任を制限してよいのか問題となる。そこで BGH ないし折衷説は、契約目的（物）と関連する保護義務に限定し、同義務違反のための帰責判断に際して責任制限の適用を肯定する。よって、ここに至り「契約目的に関連する」という文言が差す具体的内容が問題となる。BGH 判決 (BGHZ 93, 23 ff.) では、Y について、当該じゃがいも繊維かすを飼料として牛に与える場合、分量に配慮すべきことを説明する義務に違反したとした。そして、この義務違反から生じた原告の牛に対する

る BGH の見解が好ましいとする⁽⁷⁶⁾。

Mühl / Teichmann も、基本的に *Medicus* と同様の見解である⁽⁷⁷⁾。すなわち、まず目的物自体の物および権利の瑕疵に関しては BGB523 条および 524 条が優先するが、いわゆる瑕疵結果損害に関しては争いがあるとする。ここで、立法者の意思によれば、BGB521 条以下の諸規定は、贈与契約の履行が問題となる場合にのみ贈与者の責任を制限すべきというものであったが、このことは贈与目的物自体が問題となるには、帰責のためにより高度な帰責性を要求するというものだったという。それによれば、BGH の見解は原則として支持でき、贈与者が一般的保護義務（受贈者のその他法益を侵害しないという義務）に違反する場合や贈与目的物と関連する義務違反の場合には、少なくとも重大な過失が必要であるという。不法行為責任に関しても、契約目的に関連する保護義務が問題となる限りで、制限は適用されるという。

Koch は、保護義務違反に対する BGB521 条の適用可能性をめぐる争いに関し、贈与契約において常に 276 条を責任の基準として用いるという見解は立法者意思に由来しえないという⁽⁷⁸⁾。すなわち BGB521 条は、立法者によれば、贈与により給付を約束された目的物の履行不能あるいは履行遅滞のための給付不実現による損害にのみ関連するということは正しいが、521 条が規定されるに際しては、立法後に構築された概念である契約締結上の過失・積極的債権侵害が考慮されていなかったこと、法文自体にこのような制限的解釈の余地は見受けられないこと、よって BGB521 条の限定的解釈は、BGB524 条に対する矛盾が生じることという理由から⁽⁷⁹⁾、立法者意思を根拠に BGB521 条の適用範囲を制限することに反対する。一方、BGB521 条を法文のままにあらゆる形態の契約責任の基準として適用を拡張するのであれば、かえって受贈者側の負担が過度になるとし、贈与者自身の寛大さという要素のみでは、相手方のその他法益に対する配慮を要請する一般的義務を免除するための十分な理由にならないという。そのため、受贈者の契約に対する正当な期待に鑑みて、BGH の見解が適切であるという。

損害は、「契約によって前提とされている」繊維かすの消費によって生じた損害であるとする。BGH はこの義務違反を「契約目的に関連する」義務違反であるとして BGB521 条を適用し、事実認定の結果、故意および重大な過失はないとされた Y の責任を否定した。すなわち「契約目的に関連する」という文言の具体的内容の一つは、契約目的物の使用等に関する説明義務といった契約目的物そのものの適切な用法などに関連する債務者の義務を指すといえる。さらに、目的物の瑕疵から結果的・後続的に発生するいわゆる瑕疵結果損害について、前掲 BGH 判決や *Medicus*, a. a. O. (Fn. 63), 603 f. に従うのであれば、この損害も契約目的物から結果として生じた損害として、契約目的に関連する義務違反により生じた損害と考えられている。このように、契約目的（物）に関連する義務とは、①契約によって前提とされた目的の達成を補助する義務、②契約目的物の瑕疵から結果的・後続的に損害が生じないようにする義務であるといえよう。

⁽⁷⁶⁾ *Medicus*, a. a. O. (Fn. 63), S. 603 f.

⁽⁷⁷⁾ *Soergel / Otto Mühl / Arndt Teichmann*, BGB, Bd. 4/1, 12. Aufl. 1997, vor § 521 Rn. 5 ff.

⁽⁷⁸⁾ *Münchener Kommentar / Jens Koch*, BGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2008, § 521 Rn. 4 ff., Rn. 5.

⁽⁷⁹⁾ *J. Koch* は、これについて、瑕疵ある物の給付の際、贈与者は BGB524 条により悪意の場合にのみ責任を負い、一方、瑕疵はないがその他事情から危険のある物を給付する場合、そこから生じる損害について、(BGB276 条により) 軽過失の場合でも責任を負うと説明する。Vgl., *Münchener Kommentar / ders.*, a. a. O. (Fn. 78), § 521 Rn. 5.

競合する不法行為責任との関係については、損害が贈与目的物と関連し、保護義務違反に基づく契約責任に対して責任制限規定が適用される限りで、不法行為責任にも BGB521 条の基準が適用されるという⁽⁸⁰⁾。もしそうでなければ、責任制限規定が無意味なものになってしまうとする。これに反対する見解（276 条優先説）に対しても、BGB521 条を不法行為責任へ適用することは立法資料と対立せず、それは立法者が BGB600 条の射程に関して、目的物の瑕疵によって債権者（借主）の完全性利益に損害が生ずる場合には、不法行為責任を限定することなく適用することで債権者を保護することを想定していたとしても変わらないという。このことはむしろ、今日認められている不法行為責任の範囲拡大を立法者が明確に理解していなかったことに示されるという⁽⁸¹⁾。

二 BGB521 条と給付の原始的主観的不能

改正前の BGB では、給付（履行）不能という不履行類型については、主観的・客観的、原始的・後発的という区分に従ってその効果が構成されていた⁽⁸²⁾。すなわち、原始的客観的に不能な給付を内容とする契約は無効であったが、原始的ではあるものの、債務者にとって主観的に不能であるに過ぎない給付を目的とする契約は依然有効であり、さらに債務者は契約によってその給付能力に関して保証を行っているとして、帰責性に関わらないいわゆる保証責任が債務者に生ずるという理解が一般的であったとされる。そんな中、ドイツ債務法現代化法施行の 2 年前である 2000 年に BGH において、贈与契約に基づいて生じた給付義務が原始的・主観的に不能である場合、贈与者はどのような責任を負うかについて判断がなされた例が見受けられる。さらに同判決に対して学説からも反応が示されている。

⁽⁸⁰⁾ *Münchener Kommentar / J. Koch*, a. a. O. (Fn. 78), § 521 Rn. 6.

⁽⁸¹⁾ なお、*J. Koch* は、瑕疵結果損害と責任制限規定の関係につき次のようにいう。贈与における担保責任の規定は、債務法改正に際して改正の一般的な意図とは異なり給付障害法総則規定に合わせられなかったこと、そして BGB523 条および 524 条は今となっては異物 *Fremdkörper* を形成してしまうことから、これら両規定は一般的傾向に従い制限的に解釈される。その結果、瑕疵結果損害は総則規定の問題となるが、このとき、このような損害は通常贈与目的物と関連するために 521 条の基準が適用されるべきという。*Münchener Kommentar / ders.*, a. a. O. (Fn. 78), § 521 Rn. 7. この他折衷説に属する見解として、*jurispraxisKommentar / Benno Seftin*, BGB, Bd. 2, 2. Aufl., 2004, § 521 Rn. 25 ff., § 524 Rn. 6; *AnwaltKommentar / Dendorfer*, BGB, Bd. 2, 2005, § 521 Rn. 8 ff.; *Hk-BGB / Saenger*, 4. Aufl., 2005, § 524 Rn. 1. (ただし *Saenger* は、BGB521 条と不法行為責任との関係には言及せず、瑕疵結果損害に関しては 524 条が適用されるという) などがある。また、付随義務ないし保護義務に対して条件付きで BGB521 条の適用を認めるものの、瑕疵結果損害に関してはこれを 524 条の問題とするものとして、*Bamberger / Roth / Gehrelein*, 2. Aufl., a. a. O. (Fn. 62), § 521 Rn. 5. (なお、BGB521 条が問題となる場合、この基準は不法行為責任にも影響するという。同 § 524 Rn. 2 参照) ; *Prütting / Wegen / Weinreich / Hoppenz*, BGB, 3. Aufl., 2008, § 521 Rn. 2; *Erman / Hermann*, 12. Aufl., a. a. O. (Fn. 62), § 524 Rn. 2; *Palandt / Weidenkaff*, a. a. O. (Fn. 62), 67. Aufl., § 524 Rn. 4 がある。また、*RGRK / Mezger*, a. a. O. (Fn. 57), § 521 Rn. 1, § 524 Rn. 2 は、瑕疵結果損害に関して、BGB524 条の（とくに 1 項による）賠償は信頼利益に限られるとするが、そこで用いられている例は病気の動物の贈与による受贈者の動物への感染といういわゆる相手方の完全性利益侵害場面である。

⁽⁸²⁾ Vgl., *Palandt / Helmut Heinrichs*, BGB, 68. Aufl., 2009, § 275 Rn. 3 ff.

（一）判 例

【BGH2000 年 3 月 23 日判決】⁽⁸³⁾

〔事案の概要〕

被告 Y は、1994 年、その甥の息子である原告 X およびその兄弟と、F 市において建設された不動産において Y の有する共有持分につき、公証人によって証明された不動産譲渡契約を締結した。それによれば、引渡しは終身の無償用益権を留保して相続の方法で行われることとされており、X およびその兄弟はそれぞれ共有持分を取得するものとされた。しかし実際には、当該不動産は共有の状態にはなかった。不動産は、Y を含む相続共同体において合有の状態にあった。それゆえ Y は、契約を履行することができなかった。X はその後も Y の合有持分の譲渡に関する新たな契約を締結しようと努めたが、それには至らなかった。

X は Y に対して、まず第一に当該不動産のうち 4 分の 1 の持分につきアウトフラッシングおよび登記簿への登記の同意を請求し、そして補助的に、持分に応じた不動産の取引的価額である 109,500DM に相当する損害賠償を、利息を含めて請求した。X による訴えの提起の後、Y は贈与契約を重大な忘恩のために撤回した。地方裁判所は、主たる主張については Y は共有者ではないとし、補助的主張については、Y がその給付能力を約束せず、また X がそれについて信頼していたということもなかったとして訴えを退けた。X は損害賠償請求を 100,532DM まで軽減して補助的主張のみを理由として控訴を試みたが、これも退けられた。X 上告。

〔判 旨〕

破棄差戻し。BGH は、この事案を給付の原始的主観的不能とした原審の判断を是とし、次のようにいう。すなわち「原審は、原始的主観的不能の場合、債務者は自らの給付約束によって黙示にその給付能力のための保証を引受けたがために、債務者に原則として帰責性に関わらず積極的利益のために責任が生ずべきとした。他方で原審は、本件のような無償給付の場合に関しては、BGB521 条から 523 条という特別な法律規定から事情が異なってくることは明らかであるともいう。BGB521 条は贈与者の責任を明示的に故意および重大な過失へと制限し、権利の瑕疵に関してもまた BGB523 条はその責任を悪意ないしは重大な過失に制限する。これら規定は、贈与者の責任を無償性および贈与関係のもつ特別性のために限定するという立法者による一般的な評価づけのあらわれであるとする。それゆえに、BGB521 条は原始的主観的不能に対する贈与者の責任が問題となる場合に対しても適用されなければならないとし、そしてこのとき債務者一般に課される保証責任 *Garantiehaftung* は、贈与法の領域においては否定されなければならないと結論づけた」⁽⁸⁴⁾。

しかし、「それに対して上告意見は、原始的主観的不能のための責任は、判例によって展開された一般準則によれば保証責任であり、贈与の場合においてもまたその限りで同様であるとする」とし、BGH はこの上告意見に賛同するとする。そしてその理由については以

⁽⁸³⁾ BGH, Urt. v. 23. 3. 2000 - X ZR 177/97: BGHZ 144, 118 ff.

⁽⁸⁴⁾ BGHZ 144, 119 f.

下のように述べる。すなわち、①給付の原始的主観的不能の場合、積極的利益に対する債務者の保証責任が生ずるというのが確定判例である。②契約に基づく贈与の約束について特則を認めるための十分な根拠は存在しないからという⁽⁸⁵⁾。BGH はとくに②の理由として、「たしかに、BGB521 条、523 条、そして 524 条は契約による贈与の約束に対して、債務者は原則として故意および過失のために責任を負うとする BGB276 条に基づく一般的な責任基準の修正を規定する。しかしながら、そのような帰責基準の修正という場面は債務契約法の領域では例外的なものではない（そのほかのものとして BGB277 条、690 条、708 条を参照）。くわえて、BGB276 条 1 項 1 文および 2 項から明らかになるように、法律上規定されている責任基準は、一定の限度において当事者意思に服する。しかしながら、帰責基準に関わるこれら諸規定の適用領域は、帰責性の有無による帰責判断が問題となる事実関係に限定される。このため、原始的主観的不能に対する保証責任というように、帰責性に基づいて責任を負うか否かが問題となっているのではなく、保証という方法で帰責性に関わらず責任を負うという場合、原則として法律による責任制限規定は適用されえない」とする⁽⁸⁶⁾。

そして、「帰責性に関わらない保証責任は、責任の根拠となる契約の解釈によって、両当事者がそのような保証責任を債務者に課すという意図を有していなかったということを明らかにするならば効力を生じない。本件でもそうであったかどうかにつき、原審は検討していない。本民事部は、その限りで十分な事実確認が欠けている以上、これにつき検討し、そしてこれに基づいて自判することができない」として破棄差戻しを命じた。

この判決では、被告 Y が原告 X に対して、その不動産の共有持分を譲渡可能であると考えてそれにつき贈与契約を締結したが、Y は実のところ不動産の共有持分を有しておらず、不動産は Y を含む相続人らに合有されている状態であったので、結局譲渡を実行しえなかったという事例が問題となっている。このような事実関係のもと、X が損害賠償を求めたことに対して BGH は、給付が原始的主観的不能である場合には、債務者はその給付能力に関して契約締結を通じて帰責性に関わらず保証義務を負うのであり、これは贈与契約であっても同様とした（ただし保証義務違反によって損害賠償義務が生ずるか否かの判断は、契約解釈によって当事者意思の確定が必要であるとして原審に差戻している）。そしてこのとき、BGB521 条といった責任制限規定は、本質的に帰責性の有無、すなわち過失責任を前提とするものであるため、過失を問わない保証責任が問題となる原始的主観的不能という給付障害に対しては、贈与契約の場合であっても責任制限規定は適用されないものとしている。

すなわち BGH は、原始的主観的不能に対する贈与者の責任は、その他の有償契約の債務

⁽⁸⁵⁾ BGHZ 144, 121.

⁽⁸⁶⁾ さらに、「原始的主観的不能のための責任に関して判例および学説において展開されている諸原則に従うと、帰責要件と結びつけて考えることを意図されていない。このような結びつけは、一種の保証としての性質を有する保証義務 *garantieartige Einstandspflicht* に対して体系上矛盾をきたすものともなろう」とする。BGHZ 144, 122.

者の場合と変わらず、BGB521 条などの責任制限規定の適用なしに、それどころか帰責性の有無に関わらず厳格に積極的利益に対して生ずべきであると示したこととなる。

(二) 学 説

この BGH 判決に対して、学説からは次のような反応がみられる。その多くは BGH の判断に対して異議を唱え、贈与者は給付の原始的主観的不能に対しては原則として責任を負わないか、あるいは BGB521 条や 523 条などを適用してその責任が制限されるとするものである。その一方で、BGH の判断を支持する見解もある。

1 責任制限適用説

多くの学説は、給付が原始的主観的に不能である贈与契約が締結された場合において、贈与者は保証責任を原則として負わないとする。その理由については、BGB における贈与契約の規定趣旨から、贈与者は原則として保証責任を負わないとする点で共通する。しかし厳密には、BGB521 条が適用されるのか、あるいは権利の瑕疵に関して規定する 523 条が適用されるのかについて意見が分かれているようである。

Kollhosser は、まず BGH が上記判例において、贈与者も給付の原始的主観的不能のために保証責任を負うとした判断を批判し、次のようにいう⁽⁸⁷⁾。すなわち、BGB157 条によれば、契約は取引慣行を考慮して信義誠実が要求するように解釈されなければならない。贈与契約における取引慣行は「貰った物の品定めをするな」である。つまり受贈者は、貰った目的物がどのようなものであれ（それどころか権利の瑕疵のために取得できなかったとしても）それに満足する必要があるとする。そして贈与者は、対価の存在する有償契約の場合とは異なって保証責任を引受けるための利益を有しておらず、またそのための合理的な動機も存在しないため、黙示的な保証責任の引受けは否定されるという⁽⁸⁸⁾。

そして BGH は、交換型契約において展開された原始的主観的不能のための保証責任は贈与契約にも適用されるとするが、これについては①BGB523 条 1 項および 524 条 1 項によれば、贈与者は権利の瑕疵・物の瑕疵については悪意による黙秘の場合にのみ責任を負うのであるが、その一方で原始的給付瑕疵（原始的主観的不能）については（制限なく）責任を負うとすれば重大な矛盾が生ずること、そして②贈与契約を信義誠実に従って解釈する場合、受贈者は贈与者の給付能力について、贈与者が保証責任を負うと期待することは正当でないとする⁽⁸⁹⁾。

⁽⁸⁷⁾ *Helmut Kollhosser*, ZEV 2000, 320 ff. なお、*Kollhosser* は BGHZ 144, 118 ff. の判決について、本件ではそもそも原始的主観的不能ではなく原始的客観的不能が問題となっていたのであり、旧 BGB 306 条による契約の無効と旧 307 条による信頼利益賠償が問題となるとする。そしてこれに関しては BGB521 条の適用があるため、贈与者は履行不能について故意および重大な過失がある場合にのみ責任を負うとされるべきであったとする。Ders., a. a. O., 320.

⁽⁸⁸⁾ *Kollhosser*, a. a. O. (Fn. 87), 321.

⁽⁸⁹⁾ なお、*Kollhosser* は贈与契約（特に責任制限規定）の規定趣旨、贈与契約における両当事者意思の解釈から原始的主観的不能のための保証責任の承認を不当としているにとどまっており、贈与者が原始的主観的不能という給付障害に対して具体的に保証責任以外にどのような責任を負うのかについてまでは明ら

Ehmann / Sutschet は、BGB521 条および 523 条の立法過程から、521 条が旧 307 条に對しても適用可能であること、贈与者は原始的主観的不能のために無条件に責任を負うべきとすることは立法者の想定するところではないことなどを指摘し、次のようにいう⁽⁹⁰⁾。すなわち、「(誤って) 自己の財産に属すると考えていた目的物を贈与する者は、この目的物を、その目的物が贈与者の財産において存在していたままにのみ贈与するという意図であるということ、そして責任は、とりわけまた原始的主観的不能のための不履行の場合には、故意あるいは重大な過失がある場合にのみ生ずべきという構想が法律の基礎となっている」とする⁽⁹¹⁾。

Teichmann / Kießling も BGH を批判し、贈与契約において贈与者は保証責任を負わないとする⁽⁹²⁾。「債務者」は給付の原始的主観的不能に対して積極的利益に対する保証責任を一般的に負うとする BGH の見解そのものには賛同しうるものの、この責任が「贈与者」にも当てはまるとすることは、「BGB516 条以下の歴史解釈にも、立法者の意図にも一致しない」という。立法者の構想によれば、贈与者は具体的な目的物をその通常の性質において譲渡することを意図しているが、一方で受贈者の財産を贈与目的物の価値でもって増加させることまでも意図してはいない。そのため贈与者は、目的物をまず他人の財産から調達するのではなく、「自己の財産から」引渡さなければならない場合に原始的主観的不能が問題となるのであれば、BGB523 条 1 項および 524 条 1 項に従って、不履行のための損害賠償（積極的利益）ではなく「そのことによって生じた損害」＝信頼利益のため、さらに悪意という基準で責任を負うことになるとする⁽⁹³⁾。

Huber もまた、贈与者は原始的主観的不能という給付障害の場合にも責任制限を受けるとする⁽⁹⁴⁾。*Huber* は、原始的主観的不能、とりわけ権利調達に関する主観的不能に対して債務者が保証責任を負うという原則は、贈与契約の場合には BGB523 条 1 項の適用によって排除されるという⁽⁹⁵⁾。さらに *Huber* は、BGB523 条は（524 条も同様とするが）、あくまで現実贈与の履行時や贈与契約の締結時に、贈与者が瑕疵を悪意で黙秘していたかどうかのみを基準とする帰責性を問題としない責任であるとして、276 条に対する例外規定を成しているのではないとする。したがって、BGB523 条は原始的主観的不能の場合の保証責任という構成に対する例外であり、この限りで贈与者は、原始的主観的不能という権利の瑕疵に対して 523 条による責任の制限を享受するという。*Huber* は、BGH の理論構成（帰責

かにしていない。ders., a. a. O. (Fn. 87), 321 f.

⁽⁹⁰⁾ *Horst Ehmann / Holger Sutschet*, WuB 2000, 1135 ff.

⁽⁹¹⁾ *Ehmann / Sutschet*, a. a. O. (Fn. 94), 1138. *Ehmann / Sutschet* は、贈与者がその給付能力を無条件に保証するという意思を有している場合には、保証責任を負わせることが正当となりうるとするが、BGB521 条の解釈、そして受贈者がただ利益を受けるにすぎないために保証責任への期待が正当でないことから、贈与者は原始的主観的不能を知っていたか、あるいは知らないことに重大な過失がある場合にのみ責任を負うという。Vgl., *Ehmann / Sutschet*, a. a. O. (Fn. 91), 1139.

⁽⁹²⁾ *Arndt Teichmann / Erik Kießling*, LM § 276 (A) BGB, Nr. 19 Bl. 4 f.

⁽⁹³⁾ *Teichmann / Kießling*, a. a. O. (Fn. 92), Bl. 5.

⁽⁹⁴⁾ *Ulrich Huber*, ZIP 2000, 1372 ff.

⁽⁹⁵⁾ *Huber*, a. a. O. (Fn. 94), 1374. なお、*Huber* も他の責任制限肯定説と同様に、贈与者の意思（贈与物があるがままに引渡すこと）を責任制限適用の根拠とする。*Huber*, a. a. O. (Fn. 94), 1373.

性の有無を基準とする責任規範は、帰責性の有無を基準としない責任規範に適用されない)を踏まえつつ、BGB523 条 1 項は帰責性にかかわらない責任基準であって、同じく帰責性にかかわらない責任規範である原始的主観的不能のための保証責任に対して適用可能であると構成する点で特徴的である。

Löwisch も、贈与契約における給付の原始的主観的不能の場合の贈与者の責任について、贈与者に保証責任を負わせる見解を批判し、贈与者の責任制限が BGB523 条に従って認められるべきとする⁽⁹⁶⁾。すなわち贈与者は、原始的主観的不能に対しては保証責任を負うのではなく、BGB523 条 1 項に従って権利の瑕疵を悪意で黙秘していた場合にのみ、信頼損害に対して責任を負うべきとする⁽⁹⁷⁾。

このように Löwisch は、他説と同様に責任制限の適用を認めるのであるが、贈与者が BGB523 条などの責任制限を享受することでその義務から全く解放されるわけではない点に注意を促す。すなわち、目的物に権利の瑕疵がある場合に贈与者に悪意がないとすれば贈与者は責任を負わないのであるが、このとき贈与者がどのような義務をもおよそ負わないという事態は回避されるべきという BGH の意見に賛同する。しかしこれについては保証責任を課すことで対応する必要はなく、それというのも贈与者は BGB523 条によって責任制限を受ける場合でも、あらゆる義務から免れるというわけではないからであるとする。そして贈与者は、信義誠実の原則に従って、契約を貫徹するために可能かつ期待されうる事柄を果たすという義務を基本的に負っているという⁽⁹⁸⁾。

Hüttemann も BGH の見解に異を唱え、贈与契約における原始的な権利の瑕疵については、原始的主観的不能のための保証責任を贈与者に課すのではなく、BGB523 条を適用して贈与者の責任を制限すべきとする⁽⁹⁹⁾。まず、原始的主観的不能の場合の保証責任と BGB521 条との関係については、521 条は保証責任に対して適用不能であるとする BGH

⁽⁹⁶⁾ Manfred Löwisch, JZ 2001, 355 f.

⁽⁹⁷⁾ Löwisch, a. a. O. (Fn. 96), 355. なお Löwisch は、売買契約に関して権利の不調達を権利の瑕疵とみなさない(＝単なる不履行とみる)という見解もあるが、権利の不存在や不調達という場合もまた権利の瑕疵のひとつであるとしてもでき、そもそも権利の不存在と権利の瑕疵とを贈与の場合に区別することは適切でないとする。いずれにせよどちらの場合でも、贈与者は同様に保護に値するという。

⁽⁹⁸⁾ Löwisch, a. a. O. (Fn. 96), 355. Löwisch はそのような義務として、必要となる行政官庁の認可を得る義務をあげる。そして先の BGH 判決について、「被告がこの義務に違反したならば、被告はこれに関し積極的に債権侵害に基づいて責任を負わなければならない。その限りで、BGB523 条 2 項の場合と何ら異なるところはない。すなわち、まず第一に目的物が取得されるべきことが約束される場合、権利の瑕疵に基づく不履行のための損害賠償は、贈与者が瑕疵を物の取得に際して知っていたか、あるいは重大な過失のために知らないままであったという場合にのみ請求できるということは、取得すべき目的物を実際に取得し、そしてこの目的を達成するために信義誠実に基づいて期待可能な措置を講ずるという義務から贈与者を解放するものではない」という。このように Löwisch は、BGB523 条 1 項が問題となる場合でも贈与者は単に悪意であるか否かを基準としてあらゆる責任や義務についてその帰責を判断されるのではなく、贈与契約という無償契約であっても、契約の履行にとって必要な事柄を果たす義務を信義則上負い、そのうえで瑕疵に関する認識が問題とする。立法者の意思や贈与契約の解釈に基づいて贈与者の責任制限を強調する他の論者と一線を画し、責任制限という利益を享受する贈与者といえども信義則上負うべき義務があることを指摘する点で注目できる。

⁽⁹⁹⁾ Rainer Hüttemann, Haftung des Schenkers für anfängliche Leistungshindernisse?, in: FS Eduard Picker, 2011, S. 377 ff., 378.

の見解を適切だとする⁽¹⁰⁰⁾。すなわち、BGB521 条は 276 条に対する例外に過ぎないので、帰責性を前提としない保証責任にはそもそも適用できないという。そして「したがって、原始的主観的不能のための責任の制限は BGB523 条 1 項に基づいてのみ生じえた。この規定は、特定物の贈与約束に関しては、原始的な権利瑕疵のための贈与者の責任を二重に制限している。すなわち、贈与者はまず第一に悪意のためにのみ責任を負い、そして第二に責任は消極的利益に制限される」とする⁽¹⁰¹⁾。

2 責任制限否定説

そんな中、*Emmerich* は BGH に賛同する⁽¹⁰²⁾。すなわち、今までなお支配的であった見解によれば、原始的主観的不能のための債務者の責任は帰責性を要件としない（いわゆる保証責任）。この背景には、債務者は契約締結の際、その給付能力について無条件の保証義務を負うというすでに立法者によって示されていた思考がある。これと同じ結論が、しばしば旧 BGB 275 条 2 項の反対解釈から導き出されている。これに従う場合、贈与において原始的主観的不能に対する BGB521 条の準用あるいは直接適用の余地は全く存在しない。なぜならこのとき問題となっているのは過失責任ではなく、帰責性を問わない保証責任であり、当然に責任制限の適用が排除されるからであるとする⁽¹⁰³⁾。

しかし、このことをもって贈与者はいかなる場合にも絶対的に責任を負わされるというわけではなく、保証責任を放棄するという当事者意思の存在や、贈与者側による忘恩に基づく贈与の撤回によって、贈与者の保護は可能であるとする⁽¹⁰⁴⁾。

⁽¹⁰⁰⁾ *Hüttemann*, a. a. O. (Fn. 99), S. 379.

⁽¹⁰¹⁾ なお、上記 BGH 判決に対しては以下のようにいう。被告は原告の請求に対して BGB523 条 1 項を主張することができ、そして悪意がないために損害賠償のために義務づけられえなかったとすることもできたという。BGH は、その見解を次のことをもって根拠づけている。すなわち、BGB523 条もまた「BGB276 条に基づく一般的な責任基準の修正」を含み、そしてそれゆえに（521 条と同様に）原始的主観的不能に対する保証責任には適用されえないとする。この評価は、BGB521 条と 523 条とが適用されるべき領域を異にしているという理由づけにおいてすでに誤っている。BGB521 条が贈与者の義務違反の場合に適用されるべき責任基準を規定する一方で、523 条はまさに、旧 BGB に従った原始的主観的不能の場合における債務者の保証責任に対する法律規定による例外である。このことはいずれにせよ、BGB523 条 1 項は、「法律行為に由来する義務を負う者は債権者に対して主観的（原始的）不能のため、有責な後発的不能に関するのと同様に責任を負うという一般原則からの例外」を定めるということが第一委員会の解釈であったことを根拠となしうとする。

⁽¹⁰²⁾ *Volker Emmerich*, JuS 2000, 1022 f.

⁽¹⁰³⁾ *Emmelich*, a. a. O. (Fn. 102), 1023. BGH と同様に、BGB521 条は帰責性を前提とした責任を制限するために、帰責性を問わない保証責任が問題となる原始的主観的不能に関しては、贈与者といえども BGB521 条の適用によってその責任を制限されはしないとする。

⁽¹⁰⁴⁾ 上記 BGH 判決の評釈について、ここで挙げた各文献の外にも、たとえば *Stephan Lorenz*, EWiR 2000, 715 f.; *Bernd Wegmann*, DNotZ 2000, 846 f.がある。*Lorenz* は、自身の見解を述べずに BGH の意見を客観的に注釈するにとどめている。*Wegmann* は明確には自身の意見を述べていないものの、BGH の見解には賛同していないようではある。

Ⅲ BGB599 条⁽¹⁰⁵⁾

BGB599 条は、使用貸借貸主が責任を負う基準を故意または重大な過失がある場合に限定しており、内容的に 521 条に一致する。BGB599 条の適用が問題となった裁判例では、上記繊維かす事例のように目的物の瑕疵から借主に拡大損害・瑕疵結果損害が生じてしまったという事例が多く、BGB521 条の場合と同様にこのような損害が 599 条という責任制限規定の適用対象とされるのか否かが論点となっている。

一 判 例

BGB599 条が問題とされた事例は 521 条が問題となった事例よりも多いが、その多くが 521 条に関する BGH 判決⁽¹⁰⁶⁾を引用している。使用貸借法における責任制限においては、BGB599 条と 833 条（動物保有者の危険責任）との関係が取り扱われた事例が存在する。

①【BGH1973 年 11 月 13 日判決】⁽¹⁰⁷⁾

〔事案の概要〕

ある乗馬クラブでいわゆるペンションを営んでいる被告 Y は、自分の馬を乗馬クラブの厩舎につないでいた。1969 年 3 月 17 日、Y はこの馬と初めてギャロップの練習をした。このとき、馬が嫌がるそぶりを見せ、練習が困難になった。経験を積んだ競技騎手であり、かつて 3 か月間被告の馬に騎乗したことのある原告 X は、Y に自分に乗馬させるよう声をかけた。その後、Y は馬を X に委ねた。X が鞍にまたがったとき、あるいはその直後、馬は不意に頭部を後方へ振り上げて X の頭部にぶつけ、後ろ足を高く上げてバランスを失い転倒し、X の左大腿部を押しつぶした。馬の頭部がぶつかったことですでに意識を失いかけていた X は、転倒時は全く意識不明となり、大腿骨の骨折を患った。X は動物保有者である Y に対して、損害および逸失利益、適切な慰謝料の賠償を求めた。

地方裁判所は Y に対する請求のうち、その半額を正当として認めた。上級地方裁判所は、このうちさらに 4 分の 3 を正当と認め、請求額を引き下げた。Y 上告。

〔判 旨〕

破棄差戻し。BGH は本件における乗馬事故に基づく責任、すなわち Y の危険責任は、BGB833 条 1 文の保護目的に含まれないために審理を差戻す必要があるという。BGB833 条による責任と 599 条（あるいは 600 条）との関係については、傍論ではあるが以下のよう⁽¹⁰⁸⁾にいう。すなわち、「X が馬を Y から貸借したであろうならば、動物保有者責任は

⁽¹⁰⁵⁾ BGB599 条：「貸主は、故意及び重大な過失についてのみ責任を負う」。

BGB600 条：「貸主が権利の瑕疵又は貸した物の欠点を知りながら告げなかったときは、貸主は、借主にこれによって生じた損害を賠償する義務を負う」。なお、BGB599 条および 600 条に関しても、条文の文言自体には 2002 年の債務法現代化の影響を受けていないため、邦訳については右近編・前掲注(2)349 頁以下（使用貸借法，貝田守執筆）に準じる。

⁽¹⁰⁶⁾ BGH, Urt. v. 20. 11. 1984 - IVa ZR 104/83 : BGHZ 93, 23 ff. = NJW 1985, 794 ff. 上記本文Ⅱ参照。

⁽¹⁰⁷⁾ BGH, Urt. v. 13. 11. 1973 - IV ZR 152/72: NJW 1972, 234 ff.

⁽¹⁰⁸⁾ NJW 1972, 235.

BGB599 条および 600 条という制限内でのみ問題となるであろう。すなわち、使用貸主の責任は故意および重大な過失へと制限されるであろう。たしかに、契約責任と不法行為責任とは競合する。しかしながら、BGB599 条および 600 条のように契約責任を重大な性質の帰責性に制限している BGB は、通常は行為の違法性をも制限しているのであり、そしてしたがって軽過失の場合に不法行為責任を排除するということにもならなければならない。この結論のみが貸主・借主の関係を公平なものとするということは、動物の借主が貸主に対して常に BGB833 条に基づいて責任を問いうるであろうとするならば、法律によって定められている借主へのリスク転嫁が、動物貸借の領域においては一般に無意味なものとなるであろうという考慮が示している」⁽¹⁰⁹⁾。

②【OLG Köln1986 年 6 月 4 日判決】⁽¹¹⁰⁾

〔事案の概要〕

原告 X の夫が、第 1 被告であるその友人 Y からバイクを借りて原告と同乗して運転していたところ、前タイヤが破裂したため転倒し、X 夫は致命的な傷害を負い、X も身体に重大な傷害を負った。X と Y は、前タイヤの破裂の原因が泥除けを固定していたねじにあったかどうかにつき争った。ねじは、泥除けの内側に取り付けられたナットを越え、約 5～6mm ほどタイヤの接地面に向かって飛び出していた。地方裁判所は、損害賠償と慰謝料を請求する訴えを退けた。

〔判 旨〕

まず地方裁判所の判断について、BGB599 条において規定されている貸主の責任制限を基礎として、Y はその義務違反について重大な過失がなかったとして Y の責任を否定したが、これは適切であるとする⁽¹¹¹⁾。この判決の出発点は適切であり、Y の責任を故意および重大な過失へ制限することは、使用貸借契約に基づく X の請求権に関してのみならず、不法行為に基づく請求権に対しても適用されるという。さらに、BGB599 条において規定されている責任制限を、823 条以下に基づく X の請求権に対してもまた適用することは BGH の確定判例に一致し、本件でもここから逸脱する理由はないとする。そして判例①を引用し、不法行為責任に対しても契約法上の責任制限規定による帰責のための基準を適用させることを支持する。

また、本件では原告と被告との間に契約関係はないものの、第三者のための保護効を伴う契約論により X もその夫と Y との契約関係に取り込まれていたものであり、Y が X 夫に対し

⁽¹⁰⁹⁾ しかしながら本件では、「当事者間において使用貸借契約が成立していたであろうことを認めることは不自然であろう。むしろ馬を委ねたことで（控訴審裁判所が適切に確認しているように）、スポーツ仲間としてのやり取りから明らかとなり、そして法律行為に拘束される意思の認められない純粋に事実的な日常生活での出来事のみが存在する」として、使用貸借契約の成立を否定し、責任制限規定の適用も問題とならないとする。

⁽¹¹⁰⁾ OLG Köln, Urt. v. 4. 6. 1986 - 13 U 270/85: NJW-RR 1988, 157 f. = MDR 1987, 1023 = VersR 1988, 381 f.

⁽¹¹¹⁾ NJW-RR 1988, 157. この判決につき、*Medicus* は保護義務に対して責任制限規定を無条件に適用することを認めるものと評価している。*ders.*, a. a. O. (Fn. 63), S. 589 ff., insb. S. 590.

て契約上負っていた保護義務は X にも及ぶものとされた。しかし、その契約関係が使用貸借契約であったため、X に及ぶ保護義務の違反に関しても BGB599 条に基づく責任の軽減が適用されるとされた。

③【AG Grevenbroich1990 年 1 月 10 日判決】⁽¹¹²⁾

〔事案の概要〕

射撃祭のために設置された鉄パイプ製テントにおいて、被告 Y の制作した電球で装飾された射撃祭優勝者に贈る王冠を点灯させるためにテントへと敷設された電気ケーブルが、部分的にテント内の鉄製の足場に巻きついていて、そのため、近くでかくれんぼをして遊んでいた原告である子ども X が、テント内で友人を探していた際に、鉄製の足場をつかんで感電し、火傷、入院、さらにその後数週間の修学不能という損害を被った。X は、BGB823 条 1 項および 824 条により慰謝料を求める訴えを提起した。

〔判 旨〕

証拠調べによれば、Y は、通電上安全でない王冠について、事故以前にその安全性を検査することなく、あるいは検査させることなく、または少なくとも検査していないことを伝えることなく使用のため第三者に与えた。そのため過失が該当し、BGB823 条 1 項および 824 条に基づき慰謝料を支払う義務がある。

この判決では、王冠を制作した Y と、その王冠を射撃祭用に用いる射撃会との間に使用貸借が成立していたのか否かが争われた。本件では結局、裁判でこの問題が決定される必要はないとされた。理由は以下のとおりである。すなわち、「使用貸借の場合においてもまた、BGB599 条による貸主の責任制限は、まず第一に使用貸借における履行利益に対する借主の損害のためにのみ適用されるということが意図されており、その一方で貸主の保護義務違反・社会生活上の安全義務違反から借主に対して損害が生ずる場合には、276 条という通常の帰責基準が適用されるべきである」。さらに、X は契約に基づく貸借関係に参加してはおらず、その結果 BGB599 条は X と Y との間では直接適用の余地はないとする。もっとも、Köln 上級地方裁判所（上記判例②）に言及し、同判決と本判決とは矛盾するものではないとして、履行利益以外の損害に対する責任や不法行為責任に対して契約上の責任制限が全く適用されないとする立場にはないことを明確にしている。その理由としては、上記判例②のように第三者のための保護効を伴う契約の原則による第三者（本件では X）の契約関係（Y と射撃協会）への取込みは、王冠の設置されていたテントが不特定多数の者に対して開放されていたことから、X について給付との近接性を認めることができるなど一見して可能である。しかし X において、Y と射撃協会との間に契約関係があったこと、そしてその関係に基づいて生ずる効果に対する認識が欠けていたために、本件では X は Y—射撃協会間の契約関係には取込まれず、そのため判例②のように BGB599 条を適用することで

⁽¹¹²⁾ AG Grevenbroich, Urt. v. 10. 1. 1990 - 11 C 196/89: NJW-RR 1990, 795 f. = VersR 1992, 211 f. = MDR 1990, 548 f.

被告の責任を制限する余地はないためであるとする。

④【OLG Düsseldorf1990 年 10 月 18 日判決】⁽¹¹³⁾

〔事案の概要〕

原告 X は趣味で乗馬を好み、経験を積んでいる者であり、被告 Y は乗用馬を保有している。当事者らは、1983 年 10 月 24 日、当事者らが以前からその乗馬を預けており、そして乗馬を楽しんでいた T 市にある乗馬施設 M において落ち合う約束をした。X のポニーがけがをしていたために、X はこの日乗馬することができなかったが、Y はその馬を X に貸し与えた。X は、次の乗馬教室の時間に馬術教師の指導の下でこの馬に乗馬することとなった。X はこの時間に、その他 5 人の参加者とともに最終グループとして乗馬をしていた。馬は全くやる気のない様子であった。馬術教師は X に対し、乗馬用の鞭をいれ、馬にやる気を出させるように指示した。X によって鞭がいれると、馬は背中を丸め、そして X を振り落とした。X は木製の柵にぶつけられ、相当の負傷をしてしまった。

X は、動物保有者である Y に対し損害賠償を請求した。X は、乗馬はもっぱら Y の利益となっていたのであり、そして両当事者は、馬の貸与の際に法律上拘束される意思を有していたと主張した。

〔判 旨〕

Düsseldorf 上級地方裁判所は、本件の事情の下で X に生じた損害は、そもそも BGB833 条 1 文の危険責任の保護目的に属しないとして X の請求を退ける。

なお、BGB833 条に対する BGB599 条の適用については、前掲①判決を引用しながらこれを肯定する。すなわち、使用貸借契約の締結が仮定されるならば、被告は BGB599 条に従って故意および重大な過失のためにのみ責任を負うであろうし、そして、この責任の基準は危険責任にも影響する。つまりこのとき、BGB599 条という責任の特権は、不法行為、とりわけ 833 条 1 文に基づく競合する請求権にも適用されるであろう。なぜならば、「動物の借主が、貸主に対して常に BGB833 条に基づいて責任を問うるとすれば、法律上予定されている借主へのリスク転嫁が、動物使用貸借の領域では一般に無意味になってしまうであろう」ためである。しかしながら被告には故意も重大な過失も認められず、加えて X は、自らの申立ての結果として、そして証拠調べの結果によれば、自らの馬とともに厩舎につながっていた Y の馬の気性を知っていたという⁽¹¹⁴⁾。

⁽¹¹³⁾ OLG Düsseldorf, Urt. v. 18. 10. 1990 - 10 U 32/90: VersR 1992, 251.

⁽¹¹⁴⁾ ただし、本件では当事者間に契約関係がないとし、純粹に事実的な好意関係のみが存在するとする。その限りでは、本稿の問題意識とは直接には関わらないものの、契約ではない事実的な好意関係、特に一方当事者による契約に基づかない無償行為において損害が生じた場合、無償契約における責任制限規定が適用されるかどうか、あるいはその他の理論を用いることで無償行為者の責任が制限されるかも問題となる。判例④では、そもそもこの事件が BGB833 条の保護目的に含まれないとしているにすぎず、この点は明確にされてはいない。

⑤【OLG Stuttgart1991年5月29日判決】⁽¹¹⁵⁾

〔事案の概要〕

原告 X は、被告 Y から借用したバイクを運転中、突然ライトが停止したために対向車と衝突・転倒した。X は、Y および Y の責任保険者に対し、損害賠償および慰謝料の支払いを求める訴えを提起した。地方裁判所は X の請求を一部認容した。

〔判 旨〕

証拠調べの結果、事故について証明可能な Y の帰責性が存在しないため、1984年9月11日の交通事故のための損害賠償に対し、X は、Y に対する賠償請求権を有しない。そして、Y に帰責性が該当するとしてもこの帰責性は軽過失としてのみ評価され、BGB599条の適用の下、賠償責任を負わないとする⁽¹¹⁶⁾。

このとき Stuttgart 上級地方裁判所は、BGB521条に関する前掲 BGH 判決を引用し、以下のように述べる。すなわち、「BGB599条によれば、貸主は故意および重大な過失に対してのみ責任を負わなければならない。この規定はまず第一に、借主の履行利益に関連する。したがって、合意された貸借から生ずべき利益が満たされない場合、それによって生ずる損害に対して適用される。さらに BGB599条は、一定の範囲において契約前および契約上の保護義務違反の場合にもまた適用される」。そして「このとき、次のような区別づけが必要である。すなわち、BGB599条は、使用貸借の目的物と関連する保護義務が問題となっている限りで適用される。このことは、たとえば借主に対して使用貸借目的物によって生ずる危険に関する情報提供義務の違反に当てはまる。BGH はこの法解釈を、従来は BGB521条の場合にのみ主張していた。しかしながら利益状況は贈与と使用貸借とで同様であり、法律問題はどちらの場合でも同様に判決されなければならない」⁽¹¹⁷⁾。このようにして本判決では、BGH の判決を引き合いに出すことで、BGB599条に関しても契約目的と関連する保護義務の違反の場合には、貸主の責任に対して BGB599条の適用があるとしている。

⑥【BGH1992年6月9日判決】⁽¹¹⁸⁾

〔事案の概要〕

本判決は前掲④判決の上告審である。そのため、事案の概要については④判決を参照。

〔判 旨〕

原審である Düsseldorf 上級地方裁判所が、本件のように無償での馬の貸与による乗馬事故においては BGB833条に規定されている動物保有者の危険責任の適用がないとした一方で、BGH は乗馬事故の場合にも、動物保有者の危険責任は「人間による操作に対する動物の反応、そしてそのことから結果として生ずる危険もまた、動物の行為が予測不能であることに原因があるからであり、そのために動物保有者は被害者に対して責がなくとも

⁽¹¹⁵⁾ OLG Stuttgart, Urt. v. 29. 5. 1991 - 4 U 125/90: VersR 1992, 192 f.

⁽¹¹⁶⁾ VersR 1992, 192.

⁽¹¹⁷⁾ VersR 1992, 193.

⁽¹¹⁸⁾ BGH, Urt. v. 9. 6. 1992 - IV ZR 49/91: NJW 1992, 2474 ff.

BGB833 条に従って責任を負うべき」としてこれを認める。そして BGB833 条に対する 599 条の適用については、本件ではそもそも当事者間に契約関係が成立していないため、請求権競合の余地なしとし、準用はできないとした。なお、このように契約外での無償行為が問題となっている事実関係において、BGB に規定されている無償契約における責任制限規定が類推・準用されるかどうかの問題については、「契約形成の枠内で、契約に基づく責任の基準を制限することは、使用のための貸与が無償であることと対価関係にある。責任制限は、この対価思想がなじまない不法行為関係に対して、それ単独では適用されえない。それによれば、BGB598 条以下による契約関係が欠けている場合においては、BGB833 条を含め、不法行為法が規定している責任が発生するといわなければならない」として適用を否定する。

ただし、BGH は本件において、X の危険責任を認めたものの、損害賠償の範囲については Y 側の共働過失 (BGB254 条) が考慮されるべきとして、この点を特に指摘し原審に審理を差戻した⁽¹¹⁹⁾。

⑦ 【OLG Celle1994 年 1 月 12 日判決】⁽¹²⁰⁾

〔事案の概要〕

原告 X は被告 Y に、1988 年 8 月 12 日、X の兄弟の建築作業現場で発生した事故のための慰謝料の支払いを求めた。事故の当日、X は建築現場で屋根覆いの作業を手伝っていた。この作業のため、X とその家族らは Y 所有のコンベヤーベルトを使用した。Y は、X の兄弟に対し、兄弟による電話での依頼に応じてコンベヤーベルトの使用を許可した。X とその兄弟がベルトを運搬しようとした際、当然ベルトが折りたたまれ、X を下敷きにした。そのため X は、就労不能を伴う相当な損害を被った。X は Y に損害賠償を請求したが地方裁判所は訴えを退けた。

〔判 旨〕

Y に対する BGB823 条・847 条による損害賠償請求権・慰謝料請求権は認められない。Y に説明義務違反について軽過失があったかは不確定であるが、いずれにせよ Y に重大な過失はない⁽¹²¹⁾。

そして Celle 上級地方裁判所は、BGB599 条と保護義務違反ないし不法行為責任との関係について、以下のように述べる。すなわち、BGB599 条によれば、貸主は故意および重大な過失のためにのみ責任を負わなければならない。使用貸借貸主の責任制限規定に関しては、BGH が BGB521 条における贈与者の責任制限規定に対して述べたことと同様のことが妥当する。BGH の判例によれば⁽¹²²⁾、責任制限は贈与の目的と関連しない保護義務の違

⁽¹¹⁹⁾ ただし、BGB254 条によって考慮されるべきは、被害者である Y が借りた馬の気性に気付かなかつた点や、鞭を用いた点に非難可能性があるか否かであると指摘し、馬の貸与が無償で行われたことや、事実上の好意関係が問題となっていることは考慮要素としては挙げられていない。

⁽¹²⁰⁾ OLG Celle, Urt. v. 12. 1. 1994 - 9 U 136/92: VersR 1995, 547 f.

⁽¹²¹⁾ VersR 1995, 547.

⁽¹²²⁾ BGHZ 93, 23 ff.

反が問題となる場合には適用されない。しかしながら、この種の関連が存在する場合には責任が制限される。そして本件では、その関連の存在と義務侵害が X によって主張され、そして実際に使用貸借と関連する保護義務が存在する。

不法行為責任に関しては、確定判例によれば責任の制限は不法行為責任にも適用されるとし、そうでなければ契約法規定が無意味なものになってしまうとする⁽¹²³⁾。また、判例②や③と同様に、本件でも X と Y との間に契約関係はないが、X も X の兄弟と Y との間の契約の保護範囲に取込まれていたものであり、X の Y に対する不法行為上の請求権には、BGB599 条の適用があるとされた。

⑧【OLG Celle2005 年 7 月 14 日判決】⁽¹²⁴⁾

〔事案の概要〕

子どもである原告 X は、被告 Y が社会生活上の安全義務に違反したとして、X が 2003 年 11 月 2 日に被った事故による損害の賠償と、慰謝料の支払いを請求した。本件事故は、Y 所有の C 市 H 高校を会場とした、子どもの誕生会の当日、誕生会の行われていた体育館の外で発生した。X は、レンガ塀に 1.2m の高さで取り付けられた 6～10cm の金属製アンカーにより、右目に重傷を負った。この傷害は、X がイチイの生い茂る花壇に落ちた自転車用ヘルメットを拾おうとした際に負ったものであった。Y は、金属製アンカー自体が一般社会生活上使用されることが認知できる範囲になかったとし、社会生活上の安全義務違反を否定した。地裁は 2 割の共働過失をもって、2 万ユーロの支払いを認めた。

〔判 旨〕

イチイによって覆われた金属製のアンカーは子どもにとって危険の原因であり、Y にとって認識可能で、その除去を期待することもできた。本件では、純粋な好意関係のみが問題となるため、BGB599 条による責任制限は適用されないとされた。

しかし、BGB599 条と保護義務違反、そして不法行為責任との関連については、以下のよう述べる。「しかしたとえ本件で法的意味における使用貸借関係が認められるという意図があったとしても、原則として不法行為責任に対しても拡張しうる BGB599 条の責任制限は本件では適用されない。BGH が BGB521 条という同種の規定に関して述べたように、責任制限は、契約目的と関連する保護義務の違反が問題となっている場合に適用される」。このように、BGB599 条の責任制限は、BGB521 条に関する先の BGH 判決に従って条件付きで保護義務違反や不法行為責任に対しても適用されるとする。しかし、本件では（あると仮定した場合であるが）使用貸借関係の目的は、体育館およびその設備一式の利用にすぎず、その一方で、Y がその設備を適切に管理していなかったために X が負傷した H 学校の屋外設備は目的となっていないとして、本件ではいずれにせよ、BGB599 条の適用の余地なしとしている。

⁽¹²³⁾ VersR 1995, 547 f.

⁽¹²⁴⁾ OLG Celle, Urt. v. 14. 7. 2005 - 14 U 17/05; VersR 2006, 1085 f.

以上、それぞれ①から⑧の判決を挙げた。まず、判例①・④では BGB599 条と不法行為責任（特に動物保有者の危険責任に関する BGB833 条）との関係が、そして②・③および⑤から⑧の判例では、BGB599 条と保護義務違反ないし不法行為責任 (BGB823 条以下) との関係が問題になっている。

判例①, ④, そして⑥は、いずれも原告が被告から一時的に乗馬を借りたものの、その馬が急に暴れるなどして原告が損害を負ったという事例である。BGH やその他下級審の判例は、このような事例において、使用貸借契約が両当事者間に認められる限りは BGB599 条による責任の制限を不法行為責任にも適用させようとする。その理由としては、契約法上は責任制限によって貸主から借主へのリスク転嫁が定められているにも関わらず、不法行為を通じてそのようなリスク転嫁が無意味になってしまうからとされている⁽¹²⁵⁾。そのことから、BGH などは当事者間に契約関係がないと認められる場合には、不法行為責任に対する契約法上の責任制限規定の適用の余地はないとする。

判例⑥では、当事者間に契約関係が認められなかったが、純粋な好意関係における生じた損害の賠償範囲について、BGB254 条が考慮されるべきとされている。ただし、その考慮要素として同判例では無償性や好意といった点はあげられていない。この点、学説では、BGB254 条を用いることで契約関係ではない事実的な好意関係下にある無償行為者とそれを受ける者との責任負担を調整すべきとする意見もある。たとえば *Westerhoff*¹²⁶ は、判例⑥に対する評釈の中で、「好意給付を受け取ることによって、X は Y に対して、請求をしないという信頼を呼び起こさせた。他人の法領域に接触するこの行為は、全く容易に帰責性と同視され」うるものであり、また「好意によって、信頼に基づく拘束が生じうる。それに反することは、自身の行為に反して振舞うこと *venire contra factum proprium* である」という⁽¹²⁶⁾。

次に判例②, ③そして⑦では、原告と被告との間に契約（使用貸借）関係が認められない事例が問題となっている。しかし裁判所は、第三者のための保護効を伴う契約の理論により、第三者が契約による保護領域へと組入れられている場合には、債務者が債権者に対して負う保護義務が第三者にもおよび、これに BGB599 条も適用されとする。これらの判決においては、BGB521 条に関する上記 BGH 判決が採用した区別である、「契約目的と関連す

⁽¹²⁵⁾ なお、BGB599 条と BGB833 条との関係が問題となったその他の判例として、たとえば LG Braunschweig, Urt. v. 9. 4. 1997 - 9 O 443/96; MDR 1997, 942 f.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 12. 6. 1997 - 8 U 206/96; MDR 1998, 409 f.がある。どちらの判決も、BGB833 条に基づく請求権に対して BGB599 条が適用（準用）されることを指摘する。

⁽¹²⁶⁾ *Rudolf Westerhoff*, Ist die Entscheidung gerecht? -Methodische Wertung am Beispiel eines Reitunfalls-, JR 1993, 497 ff., 502. この視点は、無償契約における債務者の責任を考える際に、*Grundmann* によっても主張されていた。Vgl., *ders.*, a. a. O. (Fn. 40), S. 473. 損害賠償範囲の調整によって、無償性や好意関係という要素を考慮するとの方向性は、本稿の問題意識にとっても重要である。なお、*Werner Flume*, Anmerkung des BGH, Urt. v. 14. 3. 1961 - IV ZR 189/59, JZ 1961, 606; *Herbert Schließ*, Abwägungskriterien bei der Schadensausgleichung nach §254 BGB, NJW 1965, 677; *Hans-Joachim Hoffmann*, Der Einfluß des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmaß, AcP 167 (1967), 394 ff., 407 も参照。いずれも、BGB254 条による損害額調整（減額）のための要素として無償性や好意を考慮すべきとしている。

る保護義務の違反に対してのみ BGB521 条の責任制限が適用される」という命題について明確に言及するものもある。

最後に判例⑤・⑧も、BGB599 条による責任制限が保護義務や不法行為責任に対しても適用されることを示しているが、特に保護義務に対して責任制限を適用するための条件として、BGB521 条に関する BGH 判決を引用し、BGB521 条と BGB599 条との利益状況は等しいとしてこの解決に賛同することを明確にしている。

二 学 説

BGB599 条の射程をめぐる議論状況は、基本的には BGB521 条のそれと同一の状況にある。ここでも大別して、BGB599 条の適用場面は本来的な給付府発生の場合である給付不能や遅滞という義務違反類型であるとする見解と、BGB599 条は保護義務違反などそれ以外の義務違反類型にも適用されるとする見解とに分かれる。

(一) 276 条優先説⁽¹²⁷⁾

Schlechtriem は、使用貸借貸主は、借主が貸借目的物を利用することで得られるはずであった利益を喪失させる限りで故意または重大な過失によってのみ責任を負うとする⁽¹²⁸⁾。そして、不法行為責任との競合問題に関しては、使用貸借借主の契約利益を保護するための保護法規が不法行為法上存在しないため競合は問題にならず、BGB823 条 1 項により保護される利益が問題となる場合も、やはり契約上の給付利益は問題とならず競合問題は生じないという⁽¹²⁹⁾。BGB600 条についても、権利および物の瑕疵に基づく使用に対する期待が失われる場合の責任は、瑕疵について悪意である貸主についてのみ生ずるのであって、このとき不法行為責任との競合は問題とならないという⁽¹³⁰⁾。また、BGB600 条の立法過程およびその資料から推察されるように、瑕疵結果損害についてはこの規定によって処理されるかのような意見も見られたが、現在では 600 条を適用することで、不法行為責任は貸主に悪意のある場合にのみ問いうるという制限を認める主張はほぼないという⁽¹³¹⁾。

⁽¹²⁷⁾ なお、BGB599 条優先説は、BGB521 条優先説と同様に現在ではほとんど主張されていない。

⁽¹²⁸⁾ *Schlechtriem*, Vertragsordnung, a. a. O. (Fn. 19), S. 346 ff., S. 347.

⁽¹²⁹⁾ *Schlechtriem*, Vertragsordnung, a. a. O. (Fn. 19), S. 347 f.

⁽¹³⁰⁾ *Schlechtriem*, Vertragsordnung, a. a. O. (Fn. 19), S. 348. *Schlechtriem* は、以下の例を挙げて説明する。すなわち、一定の日に車を貸与することを約束する者は、その者が軽過失により目的物である車を事故で破損する場合、レンタカー代金の補償のための請求権に対しては BGB599 条を用いることができる。一方で欠陥のある車を、この危険を告知することなしに貸与して借主の身体損害を伴う事故を導くという場合、不法行為責任に対し、BGB599 条および 600 条を用いることはできないという。

Schlechtriem によれば、このとき、好意同乗と同様の評価問題が生ずるという。つまり身体損害や死亡の場合、加害者の善き行いは、加害者の怠慢と比較しうるようなものではなく、外見上は好意的である貸主の免責を要求する感情の正当さは、あまりに一方的かつ抽象的に評価されてしまっているという。Vgl., ders., Vertragsordnung, a. a. O. (Fn. 19), S. 348 f. このことから *Schlechtriem* としては、債務者（加害者）が好意に基づいて相手方のために給付ないしは一定の行動をしたために損害が生じた場合でも、このような好意といった主観的要素を考慮して責任の制限を認めることについては、慎重であるべきという立場のようである。

⁽¹³¹⁾ Vgl., *Schlechtriem*, Abgrenzungsfragen, a. a. O. (Fn. 16), 581, 585, insb. II 2; ders., Schuldrecht BT,

*Larenz*は、使用貸借法は贈与法と同じく貸借の無償性を考慮して、使用貸借貸主の責任を貸借人の責任よりも制限しているという⁽¹³²⁾。そして、BGB599条および600条の規定は、贈与者の責任制限規定の場合と同じく目的論的制限を必要とし、これらの規定は使用貸借借主の給付利益（目的物使用に基づく利益）の侵害にのみ関連し、借主のその他法益の保持利益には関連しないとする。それゆえ、これら規定は使用貸借貸主の遅滞および不能という不履行のみを対象とし、保護義務違反ないし社会生活上の義務違反に対しては適用されないという⁽¹³³⁾。

*Kummer*はBGB599条の適用範囲につき、契約締結上の過失や積極的債権侵害による責任が問題となる場合に条件なく同条が適用されるという解釈を、配慮義務、説明義務、そして社会生活上の安全義務の意義を正當に評価しないものとし、同条の適用を遅滞および不能という義務違反類型に限定する⁽¹³⁴⁾。BGB521条の適用範囲について判断したBGH判決に対しては以下のように述べる。すなわち、責任制限規定の適用範囲を考えるに当たっては、使用貸借契約における保護義務がその契約目的に含まれるかどうかは重要ではなく、保護義務の遵守が使用貸借借主にとって履行利益となっている場合には、同義務の違反につきBGB599条を適用することで、軽過失のある貸主を免責することが適切であるという。

不法行為責任との関係については、BGB823条以下により保護される借主のその他法益に侵害が生ずる場合、使用貸借と関連する保護関係と結びつけることで、不法行為責任も故意または重大な過失という基準で帰責されるという制限を認めること許されず、結局BGB599条は適用されないという⁽¹³⁵⁾。その一方で、動物保有者の危険責任（BGB833条）との関係につき、厳格に制限されるBGB599条および600条の適用範囲の下、ここでもBGB833条に対して599条や600条といった責任制限は適用されないが、動物保有者のための危険責任が社会において果たしている保護機能に鑑みると、この命題は当事者間に契約関係が存在する場合にあっては根本的に変更されなければならないという。すなわち、使用貸借において、一時的にであっても動物が借主の生活および経済領域に組み込まれ、かつ借主が、特に乗馬に関して動物に対する自己の行為に基づく危険を自ら負担するという必要がある場合にのみBGB599条および600条が適用されるという⁽¹³⁶⁾。

a. a. O. (Fn. 27), Rn. 330. BGB立法過程における無償契約債務者の責任制限規定については、前章参照。

⁽¹³²⁾ *Larenz*, a. a. O. (Fn. 28), S. 294.

⁽¹³³⁾ *Larenz*, a. a. O. (Fn. 28), S. 294 f. なお、*Larenz*は、安全でない自動車の使用貸借の例を挙げる。すなわち、貸主が、車に瑕疵がありそのためにもはや交通上安全でないことを知りながら借主に貸与する際、瑕疵に関して注意を促すことを怠り、その結果借主が健康上の損害を被るのであれば、貸主はBGB600も599条も引き合いに出せないという。軽過失のみが該当する場合でも、貸主はこの瑕疵結果損害のため、積極的契約侵害と同じく不法行為によっても責任を負うという。

⁽¹³⁴⁾ *Soergel / Kummer*, 12. Aufl., a. a. O. (Fn. 77), § 599 Rn. 5.

⁽¹³⁵⁾ *Soergel / Kummer*, 12. Aufl., a. a. O. (Fn. 77), § 599 Rn. 7.

⁽¹³⁶⁾ *Soergel / Kummer*, 12. Aufl., a. a. O. (Fn. 77), § 599 Rn. 8. *Kummer*の見解はいささか複雑であるように思えるが、まとめると次のようである。すなわち、BGB521条や599条による帰責基準の制限で問題とされているのは、制限された帰責基準（故意・重過失）が①保護義務違反や契約締結上の過失という場面にも適用されるのか、②不法行為責任も競合して問題となる場合、同責任にもこの基準が適用されるのかである。*Kummer*は、①についてはこれを原則として否定する。BGB599条の制限された基準が適

(二) 折衷説

Eckstein-Puhl は、BGB599 条を使用貸借貸主のあらゆる義務違反の場合に適用することは、責任制限をあまりに広げることとなると批判し、責任制限の根拠である貸主の寛大さは借主の契約上の期待にのみ関連づけることが適切であるという⁽¹³⁷⁾。貸主の利他性は、使用貸借と結びつく義務について軽過失による違反がある場合ならば責任を負う必要はないということにより十分に考慮される。そのため、たとえば瑕疵結果損害が発生する場合でも、このような結果に対して責任の制限が適用されなければならないという。

一方で、貸主による保護義務違反が、使用貸借契約を契機として発生したにすぎない場合、契約当事者は一般に契約が有償である無償であるかに関わらず自己の法益が侵害されないということを期待できるべきであることから、BGB599 条は適用されないとする。ただし、BGB599 条の適用を借主の履行利益の侵害場面にのみ限定する見解は、極端に限定的であるとし、利他的に履行される契約上の義務に近接する貸主のあらゆる行為は、「貸主」としての行為であり、BGB599 条による責任制限を適用することが評価にかなうとする⁽¹³⁸⁾。

不法行為責任との関係については、不法行為責任に対して BGB599 条を適用する見解が使用貸借貸主の責任制限の意義を正当に評価しているという⁽¹³⁹⁾。この場合、BGB599 条を適用させなければ、同規定により使用貸借貸主に認められる利益が不法行為責任によって無意味となるという。動物保有者の危険責任 (BGB833 条) に関しても、当事者間に契約関係が存在する限り契約法規範が優先されるべきであり、使用貸借契約が認められる限りで、競合する動物保有者の危険責任に対しても、BGB599 条という貸主の責任制限規定を適用するべきという⁽¹⁴⁰⁾。

Reuter は、276 条優先説は給付誠実義務違反、不完全給付、そして使用に伴う危険に関する説明が十分になされないといった場合をも責任制限規定の適用範囲から除外している

用されるのは、保護義務が「契約目的と関連する」場合ではなく、保護義務が契約において履行利益 (= 給付義務) の目的となっている場合であるとする。②に関しては、原則として不法行為責任が問題となる場合にも BGB599 条 (など) による責任制限が適用されることはないとする。しかし動物の使用貸借が問題となる場合、すなわち貸主に対する BGB833 条による責任が問題となる場合には、危険責任という規範が社会において果たす機能を理由として、当事者間に動物の使用貸借契約が存在している限りで 599 条 (ないしは 600 条) の基準でもって 833 条の責任も波及されるべきとしている。保護義務違反や不法行為責任に対する責任制限規定の適用を厳格に否定する *Larenz* や *Schlechtriem* とは少し見解を異にしている。そのほか BGB276 条優先説として、*AnwaltKommentar / Brors*, a. a. O. (Fn. 81), § 599 Rn. 2 ff., § 600 Rn. 2; *Jauernig / Mansel*, 12. Aufl., a. a. O. (Fn. 53), § 599 Rn. 2, § 600 Rn. 1; *Palandt / Weidenkaff*, 67. Aufl., a. a. O. (Fn. 62), 67. Aufl., § 599 Rn. 2, § 600 Rn. 4 などを指摘できる。なお、*Weidenkaff* は BGB521 条に関しては折衷説を採る (Vgl., *Palandt / ders.*, 67. Aufl., a. a. O. [Fn. 62], § 521 Rn. 4)。

⁽¹³⁷⁾ *jurisPK / Christine Eckstein-Puhl*, 2. Aufl., a. a. O. (Fn. 81), § 599 Rn. 8.

⁽¹³⁸⁾ なお、*Eckstein-Puhl* は、債務法改正により BGB 立法者の意思は BGB599 条の適用範囲を決定する上で重要なものではなくなったという。すなわち、債務法の改正をもって、契約締結上の過失責任および積極的債権侵害も法律に規定のある給付障害に属することとなったため、立法者が責任制限の対象として、遅滞および不能責任のみを考慮していたという点は、使用貸借における責任制限規定の解釈を左右するものではないという。Vgl., *jurisPK / ders.*, 2. Aufl., a. a. O. (Fn. 81), § 599 Rn. 7.

⁽¹³⁹⁾ *jurisPK / Eckstein-Puhl*, 2. Aufl., a. a. O. (Fn. 81), § 599 Rn. 13 ff.

⁽¹⁴⁰⁾ *jurisPK / Eckstein-Puhl*, 2. Aufl., a. a. O. (Fn. 81), § 599 Rn. 16.

ため限定が過度であり、帰責基準の制限は不完全な給付の結果として責任が追及される場合に対しても適用される必要があるという⁽¹⁴¹⁾。そのため、責任制限規定が契約締結上の過失に影響するかどうかは、その種の義務違反が給付に関連すれば肯定され、反対に給付に関連しない付随義務の領域に止まれば否定されるという。

不法行為責任との関係については、同責任に対しても責任制限規定の適用を肯定するが、その根拠について、*Reuter* 自身は裁判例を挙げるにとどまる⁽¹⁴²⁾。また、瑕疵結果損害に関して BGB600 条は適用されず、それは、同条を瑕疵結果損害にも拡張することは、BGB600 条の規定意義、すなわち悪意という要件の下、目的物使用から生ずる価値の存在およびその質に対する貸主の責任を制限し、そして貸借物より生じる借主のその他の財産への危険に対する貸主の責は制限しないという意義と矛盾するためであるという⁽¹⁴³⁾。

Häublein も、使用貸借契約において使用貸借貸主に契約前の保護義務違反あるいは契約上の保護義務違反があった場合、責任の基準として BGB276 条のみを適用することは、使用貸借契約に関して責任制限を定めている民法規範の文言にも目的にも一致しないとする⁽¹⁴⁴⁾。ただし、このような保護義務違反に対して責任制限規定を用いるためには、無償性のみを十分な論拠となしえないことから、折衷説に従うべきとしている。

また、不法行為責任との関係については段階づけが必要であるとする⁽¹⁴⁵⁾。すなわち、契約責任は競合しうる不法行為責任よりも厳格に使用貸借貸主を扱うために、責任制限規定を無意味なものにしないように BGB599 条を不法行為責任にも適用させるという主張は適切でないという。たとえば、賃貸人が賃貸目的物について、引渡し以前にその安全性を検査する義務を負うために、使用貸借貸主の場合にそのような義務が存在するか否かを考慮することは不要である。このとき、不法行為責任に対して BGB599 条の責任制限を適用しようとする見解は次のように述べるであろう。反対給付（＝対価）の存在のために、賃貸人には検査義務が課され、一方で無償である使用貸借の貸主には、反対給付の不存在のためにそのような義務は存在しない。それゆえ、このような対価の不存在を理由とする責任制限が、対価の存否を問題とせず一般的な行為義務違反の有無によって帰責を判断する不法行為責任によって無意味なものとされてはならないと。しかし、このような主張はむしろ反対の結論、すなわち契約の無償性およびそれと結びついた責任制限は不法行為法において考慮される必要は全くないという結論を裏づけるであろう。したがって BGB599 条は、競合する不法行為責任には適用されないということが出発点となるという。

瑕疵結果損害については、いわゆる信頼利益に関して規定する BGB600 条の問題ではないとする。そして瑕疵結果損害は常に契約目的と関連しているため、BGB599 条が適用さ

⁽¹⁴¹⁾ *Staudinger / Dieter Reuter*, 2005, § 599 Rn. 2.

⁽¹⁴²⁾ *Staudinger / Reuter*, a. a. O. (Fn. 141), § 599 Rn. 3.

⁽¹⁴³⁾ *Staudinger / Reuter*, a. a. O. (Fn. 141), § 600 Rn. 2 f. ただし瑕疵結果損害に関しては、BGB599 条と関連して BGB280 条 1 項および 311 条 2 項が適用されるとし、貸主はその責任を制限されるとする。

⁽¹⁴⁴⁾ *Münchener Kommentar / Martin Häublein*, 5. Aufl., a. a. O. (Fn. 78), § 599 Rn. 3.

⁽¹⁴⁵⁾ *Münchener Kommentar / Häublein*, 5. Aufl., a. a. O. (Fn. 78), § 599 Rn. 4.

れる。さらに完全性利益は、瑕疵ある物の使用貸借が同時に社会生活上の義務違反とも評価しうる場合、823条により保護されるという⁽¹⁴⁶⁾。しかしこのとき、使用貸主によるいかなる保護措置が具体的状況下で期待されてよいかという問題、ないしは悪意により無視された説明義務が、完全性利益の保護にもまた資するか否かという問題については、貸主の非利己性を考慮する必要があるとする⁽¹⁴⁷⁾。

IV BGB523条・524条・600条

BGBにおける目的物の瑕疵に対する責任制限は、それぞれ贈与契約（BGB523条・524条）、使用貸借契約（600条）において規定されている。日本民法551条1項やC.C.1891条などに相当するこれらの規定については、瑕疵結果損害がこの規定の適用対象であるか否かを巡る若干の議論のほか、あまり議論の対象とはなっていない。BGBにおける権利・物の瑕疵に対する責任制限規定の特徴として、目的物が自己の財産に由来するか、あるいは契約後他人の財産から取得して給付するかにより、責任制限の適用要件や効果を区別していることを指摘できる。

さらに、すでにふれたように、給付の原始的主観的不能と権利の瑕疵に関する責任制限規定であるBGB523条との関係が問題となったBGH判決が存在したが、ここでは債務法改正後、原始的給付障害のために新たに導入された規定であるBGB311a条とBGB523条（あるいは524条）との関係についても扱いたい。

一 自己の財産から給付が行われる場合（BGB523条1項・524条1項・600条）

BGB523条1項、524条1項、そして600条は、贈与者および使用貸借貸主が目的物の瑕疵を悪意で黙秘する場合、そのことから生ずる損害を賠償しなければならないと規定する。条文上、自己の財産に由来するという限定は含まれていないが、BGB523条、524条各

⁽¹⁴⁶⁾ *Münchener Kommentar / Häublein*, 5. Aufl., a. a. O. (Fn. 78), § 599 Rn. 5, § 600 Rn. 3.

⁽¹⁴⁷⁾ *Häublein*の見解も、一応折衷説であると評価しうるものの複雑である。*Häublein*は、使用貸借契約において貸主による保護義務違反や瑕疵結果損害が生じた場合には、それら義務違反が契約目的と関連するならばBGB599条による責任制限規定の適用範囲となるとしている。その一方で、これら義務違反の場合、BGB823条以下の不法行為責任も競合的に生ずる場合、同責任に対してはBGB599条の基準は適用されえないとしている。そのため、契約上の義務違反としての保護義務違反や瑕疵結果損害が、不法行為法上の義務違反（社会生活上の安全義務違反）としても評価される場合、責任制限の適用はなく、BGB823条以下の基準に従ってのみ貸主の責任が問われるとする。*Häublein*は対価の有無による責任制限の理由づけを挙げ、対価がないためにBGB599条が責任制限を規定しているために、この趣旨が不法行為責任によって無意味にされてはならないということに必然性はなく、むしろ不法行為責任は対価の有無にかかわらず一般的な行為義務違反について問題となるのであるから、対価の有無を基準とする責任制限規定が適用される余地はないとする。BGB276条優先説における*Kummner*の見解もそうであったが、各説の中でも相違がみられることについては、やはり契約義務構造の各論者による理解、さらに不法行為責任構造の理解や契約責任と不法行為責任の競合領域についての理解などの差異に由来しているのではないと思われる。ここに挙げた見解のほか、折衷説として*RGRK / Gelhaar*, a. a. O. (Fn. 57), § 599 Rn. 1, § 600 Rn. 1; *Hk-BGB / Ebert*, a. a. O. (Fn. 81), § 599 Rn. 2, § 600 Rn. 2; *Bamberger / Roth / C. Wagner*, 2. Aufl., a. a. O. (Fn. 62), § 599 Rn. 2, Rn. 4; *Erman / Graf von Westphalen*, 12. Aufl., a. a. O. (Fn. 62), § 599 Rn. 1 f.; *Prütting / Hoppenz*, 3. Aufl., a. a. O. (Fn. 81), § 599 Rn. 1, § 600 Rn. 2 などがある。

2 項においては他人の財産から取得する目的物が問題となることが条文上明確であるために、各 1 項は自己の財産に由来する目的物の瑕疵に関わるものであると考えられている⁽¹⁴⁸⁾。まず、自己の財産から給付が行われる場合、目的物に瑕疵があっても贈与者、使用貸借貸主の責任を制限する根拠は、贈与者および使用貸借貸主は、目的物を彼が有している状態のまま給付するという意思のみを有し、またそのようにのみを義務付けられるのであって、さらにこのとき、その目的物が特定物かあるいは種類物かを問わないという第二委員会の提案に由来するとされる⁽¹⁴⁹⁾。これにより、贈与者および使用貸借貸主は、目的物をそのままの状態に給付するという義務のみを負い、目的物の瑕疵があつたとしても原則として責任はない。またこの理由から、自己の財産から目的物を給付する場合には、贈与者や使用貸借貸主にはそもそも瑕疵なき目的物の給付義務がないとされている。ただし、自己の財産にある種類物が目的物であり、この種類物に権利の瑕疵がある場合には、BGB524 条 2 項 1 文を類推適用して、その限りで瑕疵なき目的物の給付義務を肯定すべきという見解もある⁽¹⁵⁰⁾。しかし、瑕疵について贈与者および使用貸借貸主が「悪意で黙秘していた」場合は、「そのことから生ずる損害」を賠償しなければならないこととなる。まず、日本民法 551 条 1 項ただし書においても用いられている悪意による黙秘という帰責の基準であるが、この基準に関して *Eckstein-Puhl* によれば、売買法上の瑕疵担保責任 (BGB438 条 3 項・442 条 1 項・444 条) の枠内での悪意による黙秘と同義であるという⁽¹⁵¹⁾。

次に、原則として制限され悪意による黙秘という基準をもって帰責される「このことから生ずる損害」であるが、これはいわゆる信頼利益に対する損害 (信頼損害、消極的損害) を意味し、履行利益には及ばないということではほぼ一致しているようである⁽¹⁵²⁾。これら利益の

⁽¹⁴⁸⁾ Vgl., *Jauernig/Mansel*, 12. Aufl., a. a. O. (Fn. 53), § 523 Rn. 1, § 524 Rn. 1 ff. ただし、BGB524 条に関しては、同条 2 項が目的物を特に種類物に限定しているため、他人の財産から取得したのちに特定物が贈与される場合も BGB524 条 1 項の適用範囲に含まれるとされている。

⁽¹⁴⁹⁾ Vgl., *Larenz, Schuldrecht*, a. a. O. (Fn. 28), S. 203; *RGRK/Mezger*, a. a. O. (Fn. 57), § 523 Rn. 3, § 524 Rn. 1; *Soergel/Mühl/Teichmann*, 12. Aufl., a. a. O. (Fn. 77), § 523 Rn. 4; *Münchener Kommentar/Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. (Fn. 47), § 523 Rn. 2, § 524 Rn. 2, § 600 Rn. 1; *jurisPK/Sefrin*, 2. Aufl., a. a. O. (Fn. 81), § 523 Rn. 10, § 524 Rn. 7; *Staudinger/Wimmer-Leonhardt*, a. a. O. (Fn. 54), § 523 Rn. 4; *Anwaltkommentar/Dendorfer*, a. a. O. (Fn. 81), § 524 Rn. 2; *Anwaltkommentar/Brors*, a. a. O. (Fn. 81), § 600 Rn. 1; *Jauernig/Mansel*, BGB, 12. Aufl., a. a. O. (Fn. 53), § 523 Rn. 1; *Erman/Herrmann*, 12. Aufl., a. a. O. (Fn. 62), § 523 Rn. 2. BGB 立法過程に関する責任制限規定の起草過程については、前章参照。

⁽¹⁵⁰⁾ *Münchener Kommentar/Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. (Fn. 47), § 523 Rn. 3; *Staudinger/Wimmer-Leonhardt*, a. a. O. (Fn. 54), § 523 Rn. 8.

⁽¹⁵¹⁾ *jurisPK/Eckstein-Puhl*, 2. Aufl., a. a. O. (Fn. 81), § 600 Rn. 6. 具体的には、黙秘が問題となるのは無償契約債務者が告知のための義務を負う場合であるが、その債権者にとって重要であり、取引の解釈から期待されるような状況の指摘のための一般的義務は存在しない。ただ、無償契約債務者の専門知識、債権者の瑕疵の認識可能性の不足、瑕疵による契約の危殆化、当事者間の特別な信頼関係の存在の下、そのような義務が生じうることもあるというにすぎないとする。また、瑕疵を予想しうる者、瑕疵を知っていたか、あるいは瑕疵があると考えていた者、契約の相手方が瑕疵を知らず、瑕疵を告げる場合には契約を締結しなかったであろうということを知りながら取引を行う者は、瑕疵の悪意による黙秘が認められるという。

⁽¹⁵²⁾ 過去、信頼利益の内容について、完全性利益の侵害場面もこの利益に含めて考えている見解もあった (etwa *RGRK/Mezger*, a. a. O. [Fn. 57], § 524 Rn. 2)。さらに、瑕疵結果損害 (完全性利益侵害) について、これを BGB524 条、600 条の問題とするか、あるいは 521 条、599 条ないし 276 条の問題とする

具体例として、*Heizmann* は、BGB600 について、作動しないプロジェクターの借主の支出した費用を例に、上映のために賃借したスクリーンの費用を信頼利益として、そして代償として賃借したプロジェクターの費用を履行利益として挙げている⁽¹⁵³⁾。

なお、*Larenz* は、BGB523 条 1 項によって権利の瑕疵を悪意で黙秘していた場合に問題となるのは、契約締結上の過失責任であり、そのために信頼損害の賠償が対象となるとする⁽¹⁵⁴⁾。

二 契約後他人の財産から目的物を取得して給付する場合（BGB523 条 2 項・524 条 2 項）

BGB523 条 2 項および 524 条 2 項では、他人の財産から取得して目的物を給付する場合が問題となるが、その場合に用いられている帰責基準はむしろ BGB521 条・599 条の基準に近い。すなわち、他人の財産から目的物を取得して給付する贈与者は、目的物の瑕疵について取得の際に知っていたか、重大な過失によって知らなかった場合に責任（BGB523 条 2 項では損害賠償責任、524 条 2 項では追完義務）を負う。なお、BGB600 条では他人の財産から目的物を取得して使用貸借を行うという場面は規定されていないが、これは BGB 立法者がこのような場面を重要でないものと考えたためであり、この欠缺は場合により BGB523 条 2 項、524 条 2 項の類推等により補充されるべきとされる⁽¹⁵⁵⁾。BGB524 条 2 項では、贈与者が瑕疵を悪意により黙秘していた場合、さらに給付に代わる損害賠償義務を負うとされている。

このように、悪意による黙秘ではなく、瑕疵に関する悪意または重大な過失による不知という基準が第一次的に用いられた理由であるが、これは贈与者が他人の財産からの取得を約束すると、その取得は受贈者にとって利益となり、したがって贈与者は必ずしも注意せずに行為してはならないこととなるためとされる⁽¹⁵⁶⁾。それは、瑕疵のため契約の目的が全く（あるいは一部）達成されない場合、不履行のために責任を負うべきという BGB 立法者の意思が根拠であるとされる。この場合、贈与者には（責任を問うための基準は制限されているが）瑕疵なき物を調達するための義務があることになり、そのため履行請求権が問題とされている。そして BGB523 条 2 項 2 文では BGB433 条 1 項への参照規定が存在すること

かについて、上述のように見解が分かれている。多くの見解は、少なくとも瑕疵結果損害は BGB524 条、600 条の問題ではないとしている。Vgl., *Palandt / Weidenkaff*, a. a. O. (Fn. 62), 67. Aufl., § 524 Rn. 6, § 599 Rn. 2 etc.

⁽¹⁵³⁾ *Soergel / Heizmann*, Bd. 8, 13. Aufl., 2007, § 600 Rn. 2. ただし、日本法においては信頼利益・履行利益という区分自体あいまいなものと批判がある。これについては、高橋真「信頼利益・履行利益とは何か—損害概念論研究の端緒」同『損害概念論序説』（有斐閣，2005）11-13 頁。

⁽¹⁵⁴⁾ *Larenz*, a. a. O. (Fn. 28), S. 203. 同旨として，*Andre Pohlmann*, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten, 2002, S. 52 f., S. 181 ff.

⁽¹⁵⁵⁾ Vgl., *jurisPK / Eckstein-Puhl*, 2. Aufl., a. a. O. (Fn. 81), § 600 Rn. 1; *Münchener Kommentar / Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. (Fn. 47), § 600 Rn. 1; *Staudinger / Reuter*, a. a. O. (Fn. 141), § 600 Rn. 1.

⁽¹⁵⁶⁾ Vgl., *jurisPK / Sefrin*, 2. Aufl., a. a. O. (Fn. 81), § 523 Rn. 13; *Münchener Kommentar / Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. (Fn. 47), § 523 Rn. 5, § 524 Rn. 3; *Staudinger / Wimmer-Leonhardt*, a. a. O. (Fn. 54), § 523 Rn. 12; *Münchener Kommentar / J. Koch*, 5. Aufl., a. a. O. (Fn. 78), § 523 Rn. 4; *Erman / Hermann*, 12. Aufl., a. a. O. (Fn. 62), § 523 Rn. 3.

から、贈与者は権利の瑕疵なき目的物を調達するという義務を負い、受贈者は目的物の特定不特定に関わらず、権利の瑕疵なき目的物の給付に対する履行請求権を有するとされる⁽¹⁵⁷⁾。さらにこのことから、他人の財産から目的物を取得して給付する贈与者には、瑕疵の除去義務があり、また信義誠実によって要求される限りで権利の瑕疵なき目的物を取得することと関連する義務が課せられうるとする⁽¹⁵⁸⁾。

このように BGB523 条、524 条、そして 600 条は、いずれも目的物に瑕疵がある場合の贈与者および使用貸借貸主の責任を原則として制限する規定となっている。しかし、目的物がすでに債務者の財産にあるのか、あるいは約束後他人から目的物を取得して給付を行うのか、さらには目的物が特定物であるのか種類物であるのかに応じて、責任を負うための要件や債務者に課せられる義務、そしてその義務違反に基づいて生ずる法律効果が細かく区別されていることがわかる。

三 BGB311a 条 2 項と BGB523 条および 524 条

原始的主観的に不能である給付に対して債務者が保証責任を負うという法原則を、贈与契約においても適用しうるか否かという問題について II においてその議論状況を整理したが、この問題は BGB の現代化、すなわち BGB311a 条（とくに 2 項）の立法によって一応の決着をみたとされる。

しかし、旧 BGB においても判例と学説とで争いのあった原始的な給付障害のための責任に対する贈与者の責任制限の有無の問題、すなわち BGB523 条あるいは 524 条（場合によっては 600 条）の適用可能性という問題は、現代化後もなお BGB311a 条を通じて問題となりうるとされる。そこで、ここでは債務法改正後の法状況において原始的給付障害に対して贈与者（あるいは使用貸借貸主）がいかなる責任を負うのかについてどのような問題が生じうるのかを整理する。

（一）311a 条 2 項について⁽¹⁵⁹⁾

この規定によって、債務者は、契約締結の際に存在する給付障害のために BGB275 条 1 項

⁽¹⁵⁷⁾ Vgl., *Soergel / Mühl / Teichmann*, 12. Aufl., a. a. O. (Fn. 77), § 523 Rn. 10; *jurisPK / Sefrin*, 2. Aufl., a. a. O. (Fn. 81), § 523 Rn. 15; *Staudinger / Wimmer-Leonhardt*, a. a. O. (Fn. 54), § 523 Rn. 15; *Münchener Kommentar / J. Koch*, 5. Aufl., a. a. O. (Fn. 78), § 523 Rn. 5, § 524 Rn. 3.

⁽¹⁵⁸⁾ *Löwisch*, a. a. O. (Fn. 96), 355; *Münchener Kommentar / Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. (Fn. 47), § 523 Rn. 6 (*Kollhosser* は、瑕疵の除去義務違反に基づく責任が認められるためには、瑕疵の除去が可能である必要があり、そうでなければ特定物の調達を約束した贈与者が、取得の際に除去不能な権利の瑕疵を知ってしまった場合にも責任を負わなければならなくなってしまうからとする) ; *Staudinger / Wimmer-Leonhardt*, a. a. O. (Fn. 54), § 523 Rn. 12.

⁽¹⁵⁹⁾ BGB311a 条 1 項：「契約の有効性は、債務者が 275 条 1 項ないし 3 項による給付をする必要がないこと、給付障害事由がすでに契約締結の際に存することで妨げられない」。同 2 項：債権者は、その選択に従い、給付に代わる損害賠償または 284 条に定められた範囲においてその出費の賠償を請求することができる。このことは、債務者が契約締結の際に給付障害事由を知らなかったか、または、それを知らなかったことについて責めがないときには、あてはまらない。281 条 1 項 2 文および 3 文ならびに 5 項は準用される」。なお、311a 条の邦語訳に関しては、円谷峻訳＝ディーター・ライボルト『ドイツ民法総論—設例・判例を通じて学ぶ—』（成文堂，2008）464 頁に準じた。

から 3 項に従って給付をする必要がない場合（給付義務が排除される場合）、債権者は「その選択により給付に代わる損害賠償かあるいは BGB284 条において規定されている範囲での費用賠償を請求」することができる。この責任は、BGB311a 条 2 項 2 文に従えば、「債務者が給付障害について契約締結の際に知らず、そしてその不知について責任を負う必要もない」場合に生じない。BGB311a 条 2 項の規定は、原始的不能の場合を超えて原始的客観的不能の場合、ならびに原始的「質的」不能、すなわち除去不能の原始的な権利・物の瑕疵の場合にも適用されるといわれている⁽¹⁶⁰⁾。

BGB311a 条 2 項の責任要件は、債務法においても最も評価の定まっていなかった新規規定に属するとされる。すでに改正論議において指摘されていた法政策上の批判は、まず第一に、履行利益に対する責任を給付障害の認識に関連する帰責性に結び付けていることに対して向けられている。実際、原始的客観的不能のための責任を契約締結の際の過失の特別事例として理解する場合、履行利益のための責任を当てはめることはできない。近時の学説では、それゆえに別の理解が広まりつつある。それによれば、原始的客観的不能のための責任は、「条件付きの保証責任」として理解されなければならない、そしてこの責任は契約前の帰責性ではなく給付義務の不履行に優先的に結びつけられ、それゆえに、BGB280 条 1 項および 3 項、283 条による責任と同様に給付に代わる損害賠償にも向けられている。しかしこの保証責任は、旧 BGB とは異なって、債務者が義務の発生の時点において給付障害を知らず、相当の注意を用いたとしても知りえなかったであろうということを立証できる場合にその責任が消滅するという限りで、「条件づけられ」ているといわれる⁽¹⁶¹⁾。

（二）311a 条 2 項と贈与者、使用貸借貸主の責任との関係

311a 条の導入によって、原始的客観的な給付不能のために贈与者（あるいは使用貸借貸主）が一般にどのような基準に従って責任を負うのか、とりわけ帰責性に関わらない保証責任を負うのか否かという争いは解決されたものといわれている。すなわち、311a 条 2 項は、契約の締結以前にすでに原始的に給付障害が存在し、そのために 275 条 1 項から 3 項に従って債務者が給付義務から解放され、その障害に関して債務者に責に帰すべき事由がある場合（障害を認識していたかあるいは認識しないことに過失がある場合）、債権者に給付に代わる損害賠償かあるいは BGB284 条に従った費用賠償を認めている。

給付の原始的客観的不能に関しても、原始的給付障害という点でこの規定に取り込まれることとなり、贈与者が原始的客観的給付不能のために保証責任を負うか否かという問題自体は、原始的給付障害という限りですでに解決されたことになる。つまり贈与者や使用貸借貸主は、その給付目的物に関して契約締結以前にすでに原始的に給付障害が存在していたという場合、311a 条 2 項 2 文の基準に従って責任を負うこととなり、さらに BGB521 条

⁽¹⁶⁰⁾ Hüttemann, a. a. O. (Fn. 99), S. 381. ここでは BGB311a 条 2 項が現在どのように理解されているのかを Hüttemann に依りながら紹介する。

⁽¹⁶¹⁾ Hüttemann, a. a. O. (Fn. 99), S. 381.

および 599 条（原始的瑕疵の場合には BGB523, 524 条, 600 条）の射程に関する議論に委ねられることとなる。

このように、債務法現代化後では、原始的給付障害をめぐる贈与者・使用貸借貸主の責任という問題は、帰責性を要件とする原始的給付障害のための責任に関わる規定、すなわち BGB311a 条が新設されたことにより、帰責性を問わない保証責任が贈与者や使用貸借貸主（引いては債務者一般）に生ずるかどうかという点ではすでに解決された。そこで、311a 条による原始的給付障害に基づく過失責任が贈与者あるいは使用貸借貸主に課される場合、帰責判断については、BGB276 条の問題とするかあるいは 521 条, 599 条の問題とするか、さらには 523 条, 524 条, そして 600 条の問題とするかという問題となる。これについて、*Hüttemann* は原始的給付障害のための総則規定が導入されたのちでも、瑕疵が問題となる限りでは BGB523 条（あるいは 524 条）の問題とすべきと主張する。

まず *Hüttemann* は、目的物に原始的かつ除去不能な瑕疵が存在する場合には、これを 311a 条あるいはそれと関連して 521 条などの問題とすべきではなく、523 条 1 項や 524 条 1 項によって把握されるべきとする。BGB523 条 1 項および 524 条 1 項が適用される自己の財産からの贈与の場合、贈与者はその財産をあるがままにのみ引き渡すという意図であり、それゆえに目的物が瑕疵を有していたとしてもそれについて悪意で黙秘していたのであれば責任を負わない。このとき 311a 条 2 項に従って責任を負わせようとするのであれば、重大な評価矛盾が生じてしまうという⁽¹⁶²⁾。そのため、この限りでは贈与者は悪意のためにのみ瑕疵に対して責任を負う必要があるとする。

なお、瑕疵以外の原始的給付障害（たとえば契約締結前の目的物の滅失）についても同様に贈与者は責任制限を受けるべきとする⁽¹⁶³⁾。すなわち、「贈与者は、贈与目的物を『あるがままにのみ』贈与することを約束する」とする評価づけが、BGB523 条 1 項における原始的な権利の瑕疵のための責任の排除の基礎となっている。それゆえ贈与者はまた、『贈与の目的物を所有している状態のままで受贈者に引渡すこと』のみを義務づけられるとする。同様の考慮から、法は BGB524 条 1 項において原始的な物の瑕疵のための贈与者の責任を排除している。「しかし、BGB523 条および 524 条において明らかにされている評価づけを原始的な権利・物の瑕疵に限定すること、そしてその他の原始的な給付障害の場合、贈与者の責任を肯定することについては、客観的理由は存在しない。すなわち、贈与目的物が贈与者に属しないのかどうか（ある者が、不当にも自分のものであるとみなしている絵画を贈与する）、あるいは贈与者が事実的な理由から占有の調達をする能力を有していないのかどうか（ある者が、絵画が数時間前に保養施設から盗まれてしまっていたということを知らずに、その絵画を贈与する）は、贈与者の責任にとって本来区別されえない。異なる取り扱いは、原始的な物の瑕疵（贈与した家畜が発病する）および原始的客観的不能（贈与した動物が、贈与の時点ですでに死んでいる）の場合に関しても問題とならない。権利・物の瑕疵が、通

⁽¹⁶²⁾ *Hüttemann*, a. a. O. (Fn. 99), S. 382 f.

⁽¹⁶³⁾ *Hüttemann*, a. a. O. (Fn. 99), S. 386 f.

常は、純粋に『事実上の』給付障害よりも確定が困難であり、その結果贈与者は権利・物の瑕疵のための責任に関してより広範な免責を獲得するということも無条件に述べることはできない。BGB523 条 1 項および 524 条 1 項はまた、原始的な瑕疵の認識可能性に向けられているのではなく、贈与者の認識にのみ向けられている」。このように *Hüttemann* は、BGB523 条 1 項および 524 条 1 項の立法趣旨に鑑みて、贈与者に対する責任の制限を瑕疵に限らず広く原始的な給付障害全般に拡大しようとする⁽¹⁶⁴⁾。

V 委任契約および寄託契約における債務者の注意義務について

贈与契約や使用貸借契約に関する責任制限規定は、債務者が責任を負うための一般的基準が緩和され、そして担保責任を原則として免除するという内容となっている。寄託法では、無償寄託に関する BGB690 条によって、無償受寄者の注意義務を自己の事柄に対するのと同じの注意へと制限している。この注意義務についてドイツ法では BGB277 条によれば、自己の事柄（物）に対するのと同じの注意義務を負えばよいとされる者であっても、同義務違反について重大な過失があると評価される場合には、責任を免れえないとしている。

他方で委任法では、契約の本質が無償であるにも関わらず、これまですでにみてきたように受任者の責任や注意義務についてこれを制限するような趣旨の規定は設けられなかった。しかし学説では、委任契約の無償性に鑑みて、場合によっては受任者の責任が制限されてよいとする考え方も存在するようである。以下では、委任と寄託における債務者の責任制限法理について整理する。

一 委任契約における受任者の注意義務

BGB 委任法では、委任を原則として無償であるとしながらも、他の典型無償契約類型とは異なって、その注意義務や責任を制限する趣旨の規定を設けていない⁽¹⁶⁵⁾。このことについては、BGB の立法過程を概観することでその理由が明らかになった。すなわち、受任者は無償で行為するといえども他人（委任者）の利益のために行為するのであり、その利益を保護するために最大限の注意を要求されるということである⁽¹⁶⁶⁾。このような理論はすでに

⁽¹⁶⁴⁾ したがって債務法現代化後の原始的給付障害に対する無償契約債務者の責任制限の問題は、その給付障害の内容（原始的な瑕疵の存在、その瑕疵に由来する拡大損害の発生など）に従って、従来の判例や学説の述べるところのものをそのまま当てはめて議論されるものと思われる。なお、II-2において見たように、原始的な主観的不能のために贈与者がどのような基準でもって責任を負うかに関しては、BGB521 条や 523 条を基準としてその責任が軽減されるべきであり、少なくとも帰責性に関わらず保証責任を負うとする BGH 判決には反対するという学説が多数である。また、*Hüttemann* と同様に、権利調達の原始的な主観的不能に対してはこれを権利の瑕疵の一場面としてみることで BGB523 条 1 項が適用されるとする見解が多い。Vgl., *Teichmann / Kießling*, a. a. O. (Fn. 92), Bl. 5; *Huber*, a. a. O. (Fn. 94), 1374; *Löwisch*, a. a. O. (Fn. 96), 355. ただし、これらの見解も *Hüttemann* と同様に、瑕疵以外の原始的給付障害をも BGB523 条 1 項・524 条 1 項の射程に捉えるのかは明らかでない。

⁽¹⁶⁵⁾ たとえば、委任法の冒頭規定である BGB662 条は次のように規定する。662 条：「委任を承諾することによって、受任者は、委任者から委託された事務を委任者のために無償で処理する義務を負う」。邦訳については、右近編・前掲注(2)486 頁（委任法，今西康人執筆）参照。

⁽¹⁶⁶⁾ BGB において受任者がいかなる義務を負うのかについては、さかのぼるとドレスデン草案の規定案がたたき台とされていた。そこでは、「契約から利益を得ない当事者」の責任は故意・重過失のある場合

普通法時代の学説や立法例において見られたのであるが、これらに倣い、BGBの立法に際しては委任法において受任者の注意義務や責任に配慮する規定を設けないという措置が取られていた。

しかし現在の議論をみるに、いついかなる場合でも受任者に最大限の注意とそれに応じた厳格な責任を要求するのではなく、委任の無償性などに鑑みて一定の場合においてはその注意義務が軽減されてよいとする見解も散見される。

(一) 判 例

しかし一般に、BGBが委任法において受任者の責任や義務を制限する趣旨の規定を設けていない以上は、受任者の責任が軽減されるということは例外に過ぎず、多くの判例もそのように判断する。ただし、いかなる場合にも責任の制限を認めないというわけではなく、当事者間に責任制限に関する合意などがある場合には別とするというものも多い⁽¹⁶⁷⁾。

(二) 学 説

そして学説の多くも、BGBが受任者の責任制限を定めていないこと、そして受任者が委任者の利益のために委任事務を行うということから、契約が無償であるからして責任制限が適用されるべきという安易な図式に従わない。しかしながら、そのように高度の注意義務が要求される受任者といえども、あらゆる場合に厳格な責任を負うとすべきでないとする見解もある。

Esser は、受任者は委託された事務を BGB276 条に定められる注意を用いて実行する義務を負い、その責任は契約の無償性に関わらずあらゆる過失に及ぶとまず確認する⁽¹⁶⁸⁾。そしてその注意基準を、自己の事柄に対するのと同じの注意に一般に限定することや、緊急事務管理に関する BGB680 条を準用することで責任を制限することも認められないとする。しかし、委任者の危険を回避するために早急な行為が必要となる場合には、受任者にも同様の危険が生じるためにこの結論は正当でなく、680 条の類推適用が認められなければならないとする⁽¹⁶⁹⁾。

に生ずることとされるが、「契約から利益を得ないが他人のために行為する者（＝受任者など）」はその他人の利益を保護する必要があるために、そのために必要な義務と責任が課せられるとされていた。詳しくは第 1 章参照。

⁽¹⁶⁷⁾ たとえば、BGH, Urt. v. 22. 6. 1956 - I ZR 198/54: BGHZ 21, 102 ff. = NJW 1956, 1313 ff.; OLG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 17. 4. 2003 - 7 U 135/2 (juris より)。

⁽¹⁶⁸⁾ *Josef Esser*, Schuldrecht, 2. Aufl., 1960, S. 620.

⁽¹⁶⁹⁾ ただし *Weyers* による補訂版では BGB680 条の類推適用について言及されていない。Vgl., *Josef Esser / Hans-Leo Weyers*, Schuldrecht Bd. 2, BT., 8. Aufl., 1998, S. 317. 第 8 版では、委任契約において受任者の責任制限が規定されなかった理由を、普通法における法理（他人の事柄を引き受けるにあたっては一定の注意をも引受ける合意がある）にあるとするが、今日では少なくとも、BGB157 条に従った契約解釈によって、受任者の責任や注意義務が軽減されてよい場面があるとする。なお、BGB157 条による契約解釈によって受任者の責任制限が導かれうる場面として、明確に認識されていない突然に生じた危険を回避するための委任の場合がそうであるとする。BGB680 条の類推から契約解釈へと責任制限を認めるための手法が変化しているが、その理由については明らかでない。

Medicus は、*Esser* の見解を引用しつつ以下のように指摘する⁽¹⁷⁰⁾。すなわち、「BGB では、委任契約はたしかに雇用契約および請負契約に対応する無償契約類型であると考えられている。しかし、その他の法領域による委任法への参照指示（27 条 3 項、48 条 2 項、713 条、1978 条 1 項 1 文、2218 条 1 項）に鑑みるに、そこではつねに経済的な意義および一定の独立性を伴う活動が問題となっているということを示している。このことは、支配的見解が 675 条 1 項の下で採用する厳格な取引概念に一致するとされる。この『委任における忠実な行為という要素』のみがあらゆる軽過失のための責任をも正当化するという。非独立かつ経済上ほとんど重要でない活動に関しては、無制限の責任を認めることは適切でない」（⁽¹⁷¹⁾）。

このように経済的意義の有無によって受任者が厳格に責任を負うか否かが区別されるとした上で、受任者がどのような基準で責任を負うかについては以下のようにいう。委任法の定める無制限の責任は、信託的性質のない無償行為、とりわけ日常生活における好意には適合しない。したがってその限りで、BGB521 条、599 条、そして 690 条を類推することで補充されなければならない法の欠缺が存在する。すなわち、無償で行為をする者は、通常、重大な過失のためにのみ責任を負う。例外として、その者は、（通常は BGB690 条の場合のように）自己の利益においてもまた同じ活動を実行している場合には、自己の事柄における注意のために責任を負う⁽¹⁷²⁾。

また、*Seiler* も委任において受任者が常に厳格な責任を負うとする見解に反対する⁽¹⁷³⁾。*Seiler* は、受任者もまた通常の債務者と同様の責任に服するかは疑わしく、それは BGB が他の個所（BGB521 条、599 条、690 条など）においては無償というメルクマールのために責任制限を認めているからであり、無償を要素とする委任においてこのような規定がないことは、法の欠缺であること指摘する⁽¹⁷⁴⁾。ただし *Seiler* 自身は、委任法において責任の制限を認めないという立法者の評価には賛同しうるとする。しかし、個別的な場面においては受任者の責任が厳格であるということが望ましくない場合があるとする一方で、責任制限を認めるに当たって、公平さという要素のみをもって責任の制限を理論的に根拠づけることは困難であるともいう⁽¹⁷⁵⁾。そのため、これを解決するためには、たとえば BGB157 条を通じた契約解釈によることや、他者の緊急の申し出に応じてする委任の場合には BGB680 条を準用することで対応しうるとする⁽¹⁷⁶⁾。

⁽¹⁷⁰⁾ *Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 21. Aufl., 2007, Rn. 368 f.*

⁽¹⁷¹⁾ *Medicus, Bürgerliches Recht, a. a. O. (Fn. 170), Rn. 368.*

⁽¹⁷²⁾ *Medicus, Bürgerliches Recht, a. a. O. (Fn. 170), Rn. 369.* ただしこれについては、日常生活における好意のような事実的行為によって相手方に損害が生じた場合に、果たしてこのような関係に対して契約法規範を適用しうるのかというさらなる問題（いわゆる好意関係における債務者・加害者の責任制限の可能性の問題）が生じうる。ドイツでは、先に見たように契約関係のない事実的な好意関係における当事者の責任が問題となる場合には、無償行為といえども無償契約規定を適用すべきではないという判例が見られる。これについてはⅢ—判例②、④参照。

⁽¹⁷³⁾ *Münchener Kommentar / Hermann Seiler, 5. Aufl., 2009, § 662 Rn. 53 ff.*

⁽¹⁷⁴⁾ *Münchener Kommentar / Seiler, 5. Aufl., a. a. O. (Fn. 173), § 662 Rn. 53.*

⁽¹⁷⁵⁾ *Münchener Kommentar / Seiler, 5. Aufl., a. a. O. (Fn. 173), § 662 Rn. 55 f.*

⁽¹⁷⁶⁾ *Münchener Kommentar / Seiler, 5. Aufl., a. a. O. (Fn. 173), § 662 Rn. 56.* 同旨として、*jurispraxis*

Schwab は、*Grundmann* を引用しつつ、履行利益と完全性利益との区別づけに注目する⁽¹⁷⁷⁾。すなわち、学説においてさまざまにあり得るものの受任者の責任を制限することが支持されているとし、委任契約において委任者の完全性利益に侵害が生ずる場合、受任者の責任は修正を受けることなく生じるが、一方で履行利益の侵害に対しては受任者の責任は制限されるべきであるとする。なぜならば、履行利益というものは委任の無償性に鑑みると比較的わずかな保護しか受けられないからであるとする。ここでは、契約の無償性が契約規範によって保護の対象となる利益に対して与える影響の差異に着目されている。

二 寄託契約における受寄者の注意義務（BGB690 条）

BGB 寄託法では、委任法とは異なって無償寄託の受寄者に関して、その注意義務を「自己の事柄に対して用いるのが常であるのと同じの注意」義務に制限している⁽¹⁷⁸⁾。この規定を巡っては、この注意義務の基準が保護義務違反（BGB241 条 2 項、280 条 1 項）や契約締結上の過失（BGB311a 条）に基づく責任、そして不法行為責任にも適用されるのか否かについて議論となっており、その限りでは BGB521 条や 599 条の射程をめぐる争いと同様である⁽¹⁷⁹⁾。

Kommentar / Günther Hönn, Bd. 2, 3, 5. Aufl., 2010, § 662 Rn. 32（なお *Hönn* は、個々の場面において受任者の責任が制限される場合には、その制限は不法行為責任にも及ぶものとする）；*Erman / K. P. Berger*, 13. Aufl., 2011, § 662 Rn. 24 f.（ただし、責任制限が適用されるのは極めて例外的な場面にとどまると強調する）；*Jauernig / Heinz-Peter Mansel*, 14. Aufl., 2011, § 662 Rn. 12, 14；*Palandt / Hartwig Sprau*, 70. Aufl., 2011, § 662 Rn. 11；*Soergel / Volker Beuthien*, 13. Aufl., a. a. O. (Fn. 153), § 662 Rn. 16 f. など。一方 *Fischer* は、BGB276 条 1 項に従えば例外が認められないではないと述べるにとどまる。Vgl., *Bamberger / Roth / Detlev Fischer*, Bd. 2, 3. Aufl., 2012, § 662 Rn. 14. なお、差し迫っている危機の回避のための委任において BGB680 条を準用することで受任者の責任を軽減することに賛同するものとして、*Staudinger / Michael Martinek*, BGB, 2006, § 662 Rn. 43 がある。しかし *Martinek* 自身は受任者の責任を軽減する余地を全く認めない立場に賛同するという。Vgl., *Staudinger / Martinek*, a. a. O., § 662 Rn. 42.

⁽¹⁷⁷⁾ *Nk-BGB / Martin Schwab*, Bd. 2 / 1, 2. Aufl., 2012, § 662 Rn. 24. *Grundmann* は、無償契約（無償法律行為）においては、債権者の完全性利益は常に保護されるべきであるが、履行利益についてはそうではないとする。すなわち、委任における責任制限を考える場合にも「無償法律行為に関する指針として結晶化してきた完全性利益と履行利益との区別づけが有益でありうる。履行利益は、通常の場合保護を受けず、完全性利益のみが保護される」。 *Grundmann* は、無償契約において債権者の履行利益については保護の要請が低いという点を、債務者の寛大さ、そしてそのことを理由とする BGB における無償契約のための撤回規定や責任制限規定が履行利益に関するものであることを指摘する。 *Grundmann*, a. a. O. (Fn. 40), S. 471, 475 f.

⁽¹⁷⁸⁾ BGB690 条：「受寄者は、無償で保管を引き受けたときには、自己の事務につき通常用いるのと同じの注意についてのみ責任を負う」。右近編・前掲注(2)552 頁（寄託法、松井宏興執筆）参照。

⁽¹⁷⁹⁾ なお、自己の事柄に対するのと同じの注意義務と帰責事由との関係についてであるが、BGB277 条によれば、自己の事柄に対して用いるのが常であるのと同じの注意義務を負う者でも、重大な過失のためには責任を負うこととされている。しかし、この規定は無償受寄者（など）の責任を重大な過失に制限する趣旨の規定として理解されてはならず、あくまで自己の事柄に対するのと同じの注意義務を負う者が、実際に自己の事柄に対してどのような注意を用いているのが基準とならなければならないという。その意味では、BGB521 条や 599 条のように直接的に責任を負う基準を BGB276 条と比べて制限している規定とはその趣旨を異にする。すなわち、「自己の事柄に対する注意義務」によって要求される注意が変動しうるため、場合によっては有償契約における債務者が果たすべき注意と同様の注意が要求される場合もある。あくまで、相対的な責任制限・注意義務軽減にとどまる。Vgl., *Münchener Kommentar / Martin Henssler*, 5. Aufl., a. a. O. (Fn. 173), § 690 Rn. 7. このことは、日本民法 659 条において無償受寄者に要求される「自己の財産に対するのと同じの注意」に対しても当てはまるものと考えられる。

（一）判 例

BGB690 条と保護義務違反や不法行為責任との関係が問題とされた判例は少なく、わずかに以下の下級審判例をあげることができる。

【OLG Zweibrücken2002 年 4 月 11 日判決】⁽¹⁸⁰⁾

〔事案の概要〕

当事者らは、菓子類の寄託に基づく原告 X の損害賠償請求権を巡って争っている。当事者らは年の市において菓子類を販売する出品者である。被告 Y は、その販売用車両をとある車庫にとめておいた。販売用車両を修理に出していた X に対して、Y は次のような許可を与えた。すなわち、菓子類およびその他商品を Y の車両においておくということである。2000 年 9 月 12 日、Y の販売用車両は火災によって焼失してしまい、それによって同車両および車内に置かれていた X の商品も完全に焼失してしまった。これによって X には 15146,55DM の損害が生じた。X はその訴えをもってこの額について賠償請求を主張した。Y は、訴えを退けることを申し立て、好意関係が問題となっていたと主張した。そのほかについて Y は自らに帰責性がないという。

〔判 旨〕

Zweibrücken 上級地方裁判所は、BGB690 条と不法行為責任に関して以下のように述べる。すなわち、「もっとも、X の所有権侵害に基づく BGB823 条 1 項による損害賠償請求権も存在しない。契約上の請求権のために法律によって軽減された責任基準は、同時に不法行為責任をも制限する。それゆえにその限りで、Y が自己にとって通常の注意を遵守し、そして重大な過失なく行為していたということに対して、X は反証を必要とする」⁽¹⁸¹⁾。

以上のように、Zweibrücken 上級地方裁判所は、不法行為責任に対しても BGB690 条が適用されることを示す。なおこの理由として、BGB521 条に関する前掲 BGH 判決などを挙げている。

（二）学 説

学説では、BGB521 条や 599 条における議論と同様に、BGB690 条によって軽減された責任の基準が保護義務違反や不法行為責任の場合にも適用されるのか否かについて議論がみられる。しかしその状況は、BGB521 条などに関する議論よりも若干込み入っている。

1 責任制限不適用説

この見解は、BGB690 条による責任の制限はあくまで寄託契約における本来的な給付義務の履行における注意にのみ関わるのであり、給付義務以外の義務違反や不法行為責任に

⁽¹⁸⁰⁾ OLG Zweibrücken, Urt. v. 11. 4. 2002 - 4 U 122/1 = NJW-RR 2002, 1456 f.

⁽¹⁸¹⁾ NJW-RR 2002, 1457.

対しては 690 条は適用されないとする見解である。ただし、この見解を主張する学説はごく少数にとどまるようである。

*Larenz*は、BGB690 条の規定趣旨を、受寄者が好意に基づいて行為しているということ、そして自らの物を他人に対して保管のために委ねる者は、その他人の平常の注意について十分考慮しているという考量にあるとする⁽¹⁸²⁾。しかし他方でこの考え方は、贈与者の責任および使用貸借貸主の責任と同様に、契約に基づく給付義務のためにのみ、すなわちここでは委ねられた物に対する受寄者の扱いに関してのみ責任の制限を根拠づける。これによれば、寄託者のその他法益の保護に資する保護義務の侵害が問題となる場合、受寄者の責任について BGB690 条は適用されない。たとえば、整頓のなされていない部屋で寄託者が寄託物を受け取る際、受寄者が寄託者にそのことについて指摘していなかったために、寄託者の身体に損害が生じたような場合がそうであるとする。

2 不法行為に対してのみ適用ありとする見解

Schlechtriem は、BGB690 条は寄託物そのものへの損害発生に関わる責任にのみ関連するのであり、契約の相手方のその他法益にも関連するということはないという。たとえば、寄託目的物に菌が付着したことによって寄託者を病気に感染させた受寄者という例を考えると、このような損害は寄託契約に基づく責任秩序の適用範囲外にあり、そして BGB690 条に基づいては、受寄者の一般的な社会生活上の義務は修正されないものとみななければならないことが適切であるとする。しかしながら、以下のように述べて BGB690 条を不法行為責任に対して適用することを肯定する⁽¹⁸³⁾。すなわち、「自己にとって通常である注意は、寄託者に対しては、取引上必要な注意を果たさなかったという場合にも免責事由として適用される。…加害者（受寄者）は自己にとって通常である注意を用いていたことを証明する責任を負う。この解決に賛同する理由は、私にとっては、不法行為責任が制限なしに認められるような場合においてしばしば強調される、BGB690 条の目的の危殆化にある。物の損傷あるいは滅失は、寄託契約規律の中心領域に位置づけられる場面である。そのほかなお考慮可能である返還の遅滞という契約障害は、それに比べるとあまりに乏しい意義しか認められないので、BGB690 条の適用領域が結果として返還遅滞という場面に限定されるであろうということは、BGB690 条を実務上時代遅れのものにするであろう」⁽¹⁸⁴⁾。「不法行為責任はむしろ、寄託契約の典型的リスク秩序に対して及ぶのであり、そしてそれゆえに影響を受けないままであるということはあるにない」。このように、*Schlechtriem* は

⁽¹⁸²⁾ *Larenz*, a. a. O. (Fn. 28), S. 456. ここでは、無償で給付をなす受寄者に内在する好意という主観的態様のほか、寄託者側が無償で寄託を依頼する場合には、受寄者の平常の注意（＝自己の事柄に対するのと同じの注意）を知って依頼するために、受寄者としてはその注意を果たせば足りるという理由にも言及されている。

⁽¹⁸³⁾ *Schlechtriem*, *Vertragsordnung*, a. a. O. (Fn. 19), S. 388 ff.

⁽¹⁸⁴⁾ *Schlechtriem*, *Vertragsordnung*, a. a. O. (Fn. 19), S. 391. *Schlechtriem* は、BGB521 条や 599 条の問題に関しては、これらの責任制限規定を保護義務違反や不法行為責任に対して適用することを否定しながらも、BGB690 条に関しては、その主要な適用場面が完全性利益侵害場面であり、不法行為責任と競合しうるためとして適用を肯定している。

BGB690 条, 引いては寄託契約において中心となる不履行類型(目的物の損傷, 滅失=寄託物という完全性利益の侵害)と不法行為責任が規律対象とする法益侵害とが類似・近接するために, BGB690 条の目的を無意味にしないためにも不法行為責任が問題となる場合に 690 条の基準を用いるべきとする。

Henssler は, 不法行為責任に対しては BGB690 条の適用があり, そうでなければ公平さを理由とする契約法上の責任制限規定が, 実務によって挫折してしまうとする⁽¹⁸⁵⁾。

Henssler は *Schlechtriem* とは異なり, BGB690 条の適用場面が完全性利益であって, 不法行為責任と競合するという点よりも, 単に契約法上認められている責任制限を, 不法行為責任の追及によって無意味にしないといけないとしているようである。

ただし, BGB690 条が受寄者の負う保護義務に対しても適用されるか否かは疑わしいとする⁽¹⁸⁶⁾。たとえば物に損傷はないが, 物を受け取ろうとした寄託者が, 普段から整理されていない倉庫において転倒し負傷するという例では BGB690 条の適用はないという。受寄者の行為が他人の利益を目的としているということは, 債務者がまさに受寄者にとって特有の行動領域において行為する限りでのみ, 責任の特権化を正当化するからであるとする。それに対して, 直接の損害と結果損害とで責任の特権化を区別づけること, そして後者を例外とすることは適切でないともいう。というのも, 損害を引き起こしている行為から遠い位置にある損害に関して, より近い損害よりも厳格に責任を負わせることはできないからである。近い損害と遠い損害とを分離することは, 給付障害法および物の瑕疵担保法によって, 債務法改正以降はなじみのないものとなっているとする。

Jölch は, BGB690 条による注意義務の軽減につき, 無償受寄者がもっぱら他人の利益のために行っていることをもって根拠づけられるとする⁽¹⁸⁷⁾。そして不法行為責任に対する適用については, BGB690 条による無償受寄者に対する保護を無意味にしないためにも責任制限の適用が肯定されなければならないとする⁽¹⁸⁸⁾。

他方で, BGB690 条が寄託者に対する保護義務にも関連するかどうかは争いがあり, 例として *Henssler* が挙げる整理されていない倉庫における寄託者の転倒事例を指摘し, このような場合には BGB690 条は適用されず, なぜなら受寄者の非利己性は, 受寄者がまさに特定の行為領域において活動する限りでのみ責任制限を正当化するからであるという⁽¹⁸⁹⁾。

Schur もまた, 契約法の規範目的を無意味にしないためにも BGB690 条は不法行為責任に適用されなければならないとするが, BGB241 条 2 項の意味における保護義務に対しては適用がないとする⁽¹⁹⁰⁾。それというのも, BGB241 条 2 項においては一般的に適用される債務関係における行為義務が問題となっているのであり, その限りでは一般的な責任の基準

⁽¹⁸⁵⁾ *Münchener Kommentar / Martin Henssler*, 5. Aufl., a. a. O. (Fn. 173), § 690 Rn. 8.

⁽¹⁸⁶⁾ *Münchener Kommentar / Henssler*, 5. Aufl., a. a. O. (Fn. 173), § 690 Rn. 9.

⁽¹⁸⁷⁾ *jurisPK / Christian Jölch*, 5. Aufl., a. a. O. (Fn. 176), § 690 Rn. 1.

⁽¹⁸⁸⁾ *jurisPK / Jölch*, 5. Aufl., a. a. O. (Fn. 176), § 690 Rn. 7.

⁽¹⁸⁹⁾ *JurisPK / Jölch*, 5. Aufl., a. a. O. (Fn. 176), § 690 Rn. 9.

⁽¹⁹⁰⁾ *Soergel / Schur*, 13. Aufl., a. a. O. (Fn. 153), § 690 Rn. 1.

が問題となるからであるとする⁽¹⁹¹⁾。

Fehrenbacher は、BGB690 条による責任制限は、受寄者が単に他人の利益のために行っていることを根拠とすると指摘する⁽¹⁹²⁾。そして制限の適用対象は給付義務に限定されるのであり、付随義務には及ばないとする。しかしその限りでは不法行為責任に対しては適用ありとする。

これらの見解では、寄託契約において完全性利益侵害が生じた場合、競合する不法行為責任にも BGB690 条の注意基準が適用されるとしている。つまり無償の受寄者は、自己の事柄に対して用いるのと同じの注意を果たしていれば、不法行為責任を免れることになるとする。そしていわゆる保護義務に対しては、BGB690 条の適用がないとする。しかしそこで想定されている保護義務は、現在では BGB241 条 2 項において規定されているところの義務であるとされ、BGB521 条や 599 条において問題となった「契約目的物」と関連する保護義務という区別は用いられていないようである。保護義務や付随義務には責任制限規定の適用はないという点で一致するが、「契約目的と関連する」保護義務にも適用が及ばないかどうかについてはここでは論じられていないようである。

3 責任制限適用説

Klingelhöfer は、まず BGB690 条について、反対給付を受領することなしに給付を実現する者に責任を追及する場合には、債務者に特に重大な帰責性がある場合にのみこれを認めることがその目的であるとする。そしてその趣旨を、自ら受寄者を選択した寄託者は、受寄者に対して受寄者が自己の事柄に対して用いるのが常である以上の注意を期待しえないということに求めている⁽¹⁹³⁾。さらに BGB690 条による責任の制限はそのほか帰責事由に基づくあらゆる責任、とりわけ 823 条以下に基づく不法行為責任に対して拡大されるとする⁽¹⁹⁴⁾。

Gehrlein もまた、BGB690 条は物に直接関連する諸義務、結果損害、そして不法行為責任に対しても適用されるとする⁽¹⁹⁵⁾。

4 責任制限の適用に条件を必要とする説

そんな中 *Gerhardt* は、BGB690 条による注意義務の軽減について以下のようにいう⁽¹⁹⁶⁾。すなわち、責任制限規定が契約目的物に結びつくということは、同時にこれら責任制限が一般的に契約目的物と関連しない保護義務には影響しないことも明らかにするという。すな

⁽¹⁹¹⁾ *Soergel / Schur*, 13. Aufl., a. a. O. (Fn. 153), § 690 Rn. 1, 5.

⁽¹⁹²⁾ *Prütting / Wegen / Weinreich / Oliver Fehrenbacher*, 7. Aufl., 2012, § 690 Rn. 1.

⁽¹⁹³⁾ *Nk-BGB / Thomas Klingelhöfer*, a. a. O. (Fn. 177), § 690 Rn. 1. *Larenz* の見解と同様に、無償で他人に寄託を依頼する者は、その他人が普段自己の物に対して用いている注意以上の注意を要求しえないということを、規定趣旨として挙げている。

⁽¹⁹⁴⁾ *Nk-BGB / Klingelhöfer*, a. a. O. (Fn. 177), § 690 Rn. 4.

⁽¹⁹⁵⁾ *Bamberger / Roth / Gehrlein*, 3. Aufl., a. a. O. (Fn. 176), § 690 Rn. 2.

⁽¹⁹⁶⁾ Vgl., *Gerhardt*, a. a. O. (Fn. 15), 600.

わち、他人の生命や健康を危殆化させないという一般的な法律上の義務は、贈与者、使用貸借貸主そして無償受寄者のためにも当てはまり、たとえば、旅客運送契約における監護義務 *Obhutspflicht* のような純粋な付随義務に関しては、無償行為者の責任制限の内的正当化根拠である無償性は帰責性に基づく責任制限を導くものでないという。このことからすると、*Gerhardt* は、契約上の責任制限と不法行為法との競合に関して言及していないため詳細は不明であるが、やはり契約目的と関連する義務違反が問題となる限りで不法行為法上の請求権にも責任制限が影響するという立場であるように思われる。

また *Reuter* は、BGB521 条や 599 条で述べられたように、690 条が保護義務や不法行為責任に対しても及ぶか否かについては条件づけを行う必要が有している⁽¹⁹⁷⁾。すなわち、BGB690 条の拡大適用を全く認めない見解では、たとえば受寄者のもとで病気に罹った動物を返還したのち、寄託者のその他の動物に感染してしまうという場合に評価づけの矛盾が生ずるという。そして、BGB690 条をあらゆる損害に拡大しようとすれば、受寄者が家の前に落ちているバナナの皮を片付けなかったため、寄託者がそれによって転倒し負傷するという場合をも把握することとなり、適切でない。結局、受寄者が受寄者として契約上要求されている行為によって生じた損害かどうかに応じて、保護義務や不法行為責任への拡大可能性が決定されるという。

VI 小 括

以上、現在ドイツ民法において無償契約債務者の責任制限をめぐって論点となっている問題について概観した。そこでは、無償契約の債務者が一定の責任を制限されるという法典上の恩恵を受ける理由という根拠の面での議論よりも、BGB 制定後深化してきた義務論や責任論（特に契約締結上の過失や積極的契約侵害論）と無償契約債務者の責任制限の射程との関係が議論の中心となっている。そこでは、責任制限規定の射程を考察するに当たり、立法者意思への言及も見られるが、521 条などの文言が、遅滞や不能といった本来的な給付義務の不履行類型のみを問題としているのか否かが論点となっているようである。

一 責任制限規定の根拠について

まず、BGB521 条などをはじめとして、贈与、使用貸借、そして無償寄託という契約類型について BGB 上債務者の責任（義務）の制限が規定されている根拠について、現在ではそれほど議論は見られず、ほとんどの学説が、契約の無償性＝債務者の「好意」、「利他性」をその理由とすると指摘するにとどまっている。無償寄託に関しては、無償で他人に物の保管を依頼する者は、他人が普段その財産に対して用いる注意を知ってこれを依頼するのであるから、それ以上の注意を期待しえないという債権者側の事情を責任制限の理由とする見解も見られた。

無償契約債務者の責任基準をどのように考えるのかという問題を巡っては、ローマ契約

⁽¹⁹⁷⁾ *Staudinger / Reuter*, a. a. O. (Fn. 176), § 690 Rn. 5.

法に端を発する利益原理が、ドイツ普通法、ドイツ民法典編纂作業を通じて解体されてきたことが明らかとなったが（第1章・第2章参照）、解体の対象はあくまで法典構成上の位置づけのみであって、無償契約債務者について、好意や利他性といった無償性に関わる要素を理由に、不履行に基づく責任追及を緩和すべきという法感情的基礎に変化はないということが推察される。また、ドイツ法においては BGB 成立直後からいわゆる積極的債権侵害論を発端とする義務構造論論議が隆盛を極め、その関連で無償契約における責任制限規定が、債務者の負う主たる給付義務以外の義務違反の場合にも適用されるべきか否かが論じられることとなったのであろうと推測することができる。

いずれにせよ、ドイツ法において、無償契約債務者はその好意や利他性といった主観的要素を理由として、責任追及が緩和されてしかるべきという法感情が存在することが確認できる。

二 BGB521 条および BGB599 条

（一）制限の対象となる責任・義務

BGB521 条および 599 条は贈与者および使用貸借貸主の責任を故意および重大な過失のある場合にのみ発生するというように限定しているが、この軽減された責任の基準が、贈与者・貸主による履行不能・履行遅滞の場合の責任に適用されることについては争いがない。この基準がさらに、保護義務違反や瑕疵結果損害に基づく完全性利益侵害のための責任や不法行為責任に対しても及ぶかが主として議論されている。

この点について、債権者の有する重大な利益侵害＝完全性利益を保護法益とする保護義務や不法行為責任に対してまで BGB521 条、599 条による責任制限を適用してはならないとする見解がある。この見解は、立法者の意思によれば BGB521 条や 599 条は債権者の履行利益、すなわち給付遅滞や給付不能に基づいて生ずる損害に対する責任にのみ適用することが想定されていたこと、さらに、無償契約債務者の好意や寛大さといった主観的要素をもってしては、保護義務や不法行為法によって保護の対象となる利益の保護を弱める理由とできないということが BGB521 条や 599 条の適用範囲を限定する理由となるとする。

一方で BGH の判決をはじめとする見解は、BGB521 条および 599 条による責任制限は、侵害された保護義務が契約目的と関連する限りで同義務違反に基づく責任に対しても適用されるとする。また、競合して生ずる不法行為責任に対しても、契約法規定を不法行為法規定によって無意味なものとしないように BGB521 条、599 条の基準が適用されるとする。BGB521 条、599 条の適用範囲を制限すべきとする見解に対しては、立法当時から法状況が変化していること（積極的債権侵害論や契約締結上の過失論）、BGB521 条（および 599 条）の条文自体に適用範囲を限定するような文言が用いられていないことなどが理由として挙げられている。

また、債務法現代化以前において、給付が原始的な主観的に不能である場合に債務者（とりわけ売主）に課される帰責性を問題としない「保証責任」を、贈与者も負うのかという問題

が論じられていた。BGH が、BGB521 条などの規定はあくまで「過失責任」を前提とするもので、帰責性＝過失の有無を問わない保証責任が問題となる原始的主観的不能という給付障害には、先の責任制限規定が適用される余地はないとする一方で、学説からはこれに反対する反応が多くみられた。

これらの議論を見るに、一方では無償契約債務者が持つ好意や寛大さという無償契約の特質では、完全性利益という保護の要請の強い利益に対する法律上の保護を弱める理由にできないということと、法律上無償契約において規定されている責任制限規定を、保護義務や不法行為法に対しても適用しなければ、契約法の目的が達成できないという体系的な理由とが主たる対立軸となっているようである。

日本法にとって示唆たりうる点は、少なくとも目的物の瑕疵によって生ずる損害である瑕疵結果損害が、多くの学説が一致して BGB521 条や 599 条の問題であり、BGB524 条など目的物の瑕疵のための責任制限規定の対象とはならないとしている点である。日本民法では、贈与および使用貸借においてドイツとは異なって贈与者や使用貸借貸主の責任一般を軽減するような規定を置いていない。目的物における権利の不存在および物の瑕疵のために原則として責任を負わず、ただし瑕疵を知りながら告げないという場合は別であるとする条文が設けられているに過ぎない⁽¹⁹⁸⁾。しかし、「瑕疵のために責任を負わない」という文言からは、贈与や使用貸借の目的物の瑕疵から拡大的に生じた損害についても原則として悪意でない限りは責任を免れることとなるのかということが問題となる。

この点で、ドイツにおける議論を参照する限り、瑕疵結果損害はいわゆる完全性利益に対する侵害であることから、目的物の瑕疵のための責任を制限する規定の射程にはないとされていることに注目できる。

また、無償契約債務者の責任制限を巡る議論の中で、無償契約債務者の責任制限法理を、義務内容の制限や責任要件の問題として捉えるのではなく、BGB254 条を通じた損害額調整における減額法理として構成する見解が見られることに注目できる⁽¹⁹⁹⁾。

(二) BGB521 条および 599 条による責任制限の根拠

それでは、そもそもなぜ贈与契約および使用貸借契約という無償契約類型では、BGB276 条の故意または過失という基準よりも軽減された基準である、故意または重大な過失という基準が用いられているのであろうか。

学説や判例では、制限の根拠に関する主立った議論は見受けられないものの、債務者の寛大さ、好意、非利己性といった点を指摘して責任制限とすることで一致しているようである⁽²⁰⁰⁾。単に契約上対価を受け取らないという意味での客観的な無償性ではなく、むしろ債務者が自らの財産を手放すという主観的態様としての寛大さを重視して、贈与や使用貸借と

⁽¹⁹⁸⁾ 551 条 1 項および 596 条参照。

⁽¹⁹⁹⁾ *Flume*, a. a. O. (Fn. 126), 606; *Schließ*, a. a. O. (Fn. 126), 677; *Hoffmann*, a. a. O. (Fn. 126), 407; *Westerhoff*, a. a. O. (Fn. 126), 502; *Grundmann*, a. a. O. (Fn. 40), S. 473.

⁽²⁰⁰⁾ たとえば、BGHZ 93, 23, 28; *Medicus*, a. a. O. (Fn. 63), S. 598 ff. 参照。

いった契約類型では債務者が責任を負うための基準を一般に緩和してよいと考えられているようである。

三 BGB523 条, 524 条, 600 条

(一) 制限の対象となる責任

BGB における権利の瑕疵や物の瑕疵のための責任制限規定には、日本法にはない特徴がみられる。すなわち、目的物が債務者自身の財産から給付されるのか、あるいは約束後第三者から取得することによって給付がなされるのかを区別して、それぞれこととなった責任の基準と法律効果を定めているということである (BGB523 条および 524 条)⁽²⁰¹⁾。日本民法ではそのような規定とはなっておらず、日本法を解釈するに当たっては参考となる。しかし、「無償で給付を行う」という点を同じくしながら、目的物が自己の財産に由来するのか他人の財産からの取得によるのかに応じて責任の基準を区別づけ、代物給付義務の有無を左右させることが正当化できるかどうかはなお検討が必要であるように思われる。

また、原始的な給付障害について、贈与者がどのような基準に従って責任を負うかについても、BGH 判決を中心として議論がみられた⁽²⁰²⁾。BGH の見解によれば、贈与者も債務者である以上、契約を通じてその給付能力を保証していることから、給付の原始的・主観的不能のために帰責性に関わらず保証責任を負うとされたが、これに対して学説から多くの異議が認められる。すなわち、贈与者は、対価の不存在や自己の有する財産をそのままの状態でのみ贈与するという意図から、原始的・主観的不能や原始的な給付障害に対しては、BGB521 条や 523 条を基準としてその責任を制限されるべきとしている。このような原始的給付障害のための贈与者（あるいは使用貸借貸主）の責任という問題は、債務法現代化後は、原始的給付障害に対して過失責任を定めている 311a 条 2 項の立法によって、現在では BGB521 条の適用範囲をめぐる議論に取り込まれている。

(二) 制限の根拠

BGB523 条および 524 条, 600 条が権利の瑕疵・物の瑕疵のための責任である担保責任を制限している理由は何か。この点、担保責任が有償契約、とりわけ売買契約における有償対価性維持のための責任であるとすれば、対価のない無償契約では担保責任が生じないことは、体系的・客観的に明らかである。しかし権利の瑕疵・物の瑕疵という欠陥のある目的

⁽²⁰¹⁾ 自己の財産から贈与が行われる場合には、贈与者は単にあるがままに目的物を給付するのみで、瑕疵なき物の給付義務を負わず、瑕疵を悪意で黙秘していた場合にのみ責任を負う (BGB523 条 1 項, 524 条 1 項)。一方で、約束後他人の財産から目的物を取得して給付する場合は、この取得が受贈者にとっても利益となることであるために贈与者は少なからず注意を要求され、軽減されてはいるが (瑕疵についての悪意、重過失不知) 瑕疵なき目的物の給付義務・追完義務をも負う (BGB523 条 2 項 3 文, 524 条 2 項)。現在のドイツ法学説では、BGB523 条や 524 条, そして 600 条による担保責任制限の根拠についてそれほど争われてはいないようである。そのため、BGB において担保責任が制限される理由は、契約の無償性、債務者の好意や寛大さ、そして分けても立法者意思に従って、当事者の意思の推定であるといえる。

⁽²⁰²⁾ BGHZ 144, 118 ff.

物を取得した債権者側の請求権を制限するような理由づけも見られる。たとえば教科書レベルでは、「貰った物の品定めをするな」という表現が用いられ、権利の瑕疵・物の瑕疵のための責任制限の根拠とされている⁽²⁰³⁾。ここでは、無償で譲り受けた物が欠陥を有していたとしても、そのことに基づいて債権者が債務者の責任を追及すべきではないという債権者側の態様にも注目されているといえる。

四 受任者および無償受寄者の負う注意義務について

(一) 受任者の注意義務の軽減

1 受任者の責任や注意義務が軽減されない根拠

BGB 委任法では、立法当初から受任者の注意義務を軽減する措置は取らないことが明言され、実際に BGB において受任者の注意義務や責任を軽減する規定は存在しない。これについては、他の無償契約との対比から、委任法における法の欠缺状態＝本来あるべき責任制限規定の不存在が想起されるとしながらも、そのような欠缺は実は存在しないという学説が多い。その理由は、受任者は無償で行為することを原則とするが、他人の利益のために行為するのであり、最大限の注意を要求されるというものであった⁽²⁰⁴⁾。無償で役務を提供する受任者といえども、他人の事務を実行する以上は注意深くある必要があり、そうでなければ他人の事務を引受けるという義務を負う自らの意思に反しうからである。

2 受任者の責任や義務が軽減されてよいとされる場面

しかし、学説を中心にして受任者の責任が軽減されてよい場面が検討されている。そこでは、たとえば信託的要素のない委任契約においては、BGB521 条や 599 条、そして 690 条を類推するなどして受任者の注意義務が軽減されるべきであることや、委任者に差し迫る危険を回避するための委任においては、受任者側にも同様の危険が生じうるために BGB 事務管理法 680 条における責任制限が準用されるべきなどとする見解がある。

(二) BGB690 条による注意義務の軽減

1 BGB690 条によって軽減される注意義務が問題となる責任・義務

BGB690 条では、無償寄託に即して受寄者の注意義務が取引上要求される注意 (276 条 2 項) ではなく、自己の事柄に対して用いるのが常であるのと同じの注意義務とされている。この点、自己の事柄に対して用いるのと同じの注意とは、単純に取引上要求される注意よりも劣る注意というわけではなく、それぞれの受寄者が持つ注意が基準とされるという相対

⁽²⁰³⁾ たとえば, *Kollhosser*, a. a. O. (Fn. 87), 321; *Dieter Medicus / Stephan Lorenz*, Schuldrecht II, BT., 15. Aufl., 2010, Rn. 390; *Hans Brox / Wolf-Dietrich Walker*, Besonderes Schuldrecht, 37. Aufl., 2013, S. 149 Rn. 17 参照。Medicus はさらに、無償契約において債務者の責任が制限される規定の根拠には、利益原理が存在することも指摘する。Medicus / Lorenz, a. a. O., Rn. 5.

⁽²⁰⁴⁾ たとえば, *Staudinger / Martinek*, a. a. O. (Fn. 176), § 662 Rn. 41 f.; *Münchener Kommentar / Seiler*, 5. Aufl., a. a. O. (Fn. 173), § 662 Rn. 53 ff. 参照。

的具体的基準であることに注意が必要である。そのため、非常に注意深い受寄者であれば、無償で契約を引き受けるとしても場合によっては高度の注意義務を要求されることとなる。

BGB690 条をめぐっては、この規定が目的物の保管に際しての注意義務、すなわち目的物の損傷や滅失に適用されることに争いはない。これに加え、受寄者がこのとき用いるべきとされる注意の基準を保護義務や不法行為責任に対しても用いるべきか否かという点で議論がみられ、不法行為責任に対してのみ BGB690 条の基準が適用されるとの見解が若干優勢であるように思えるが、さまざまな見解が林立しているという状況である。しかしここでも、BGB 立法過程に見られた無償寄託契約における注意義務軽減の根拠（当事者意思、公正さや生活観念）を根拠として、BGB690 条による責任制限がどのような義務にまで適用するかといった視点で議論が展開されているわけではないようである。BGB521 条や 599 条の射程をめぐると同様に、BGB690 条の基準が保護義務違反という不能や遅滞以外の義務違反類型、そして不法行為責任という契約責任以外の責任体系にも適用されるかいなか大別すると、①BGB690 条の基準を保護義務や不法行為責任に対して拡大することを否定する見解、②不法行為責任に対してのみ拡大する見解、③BGB690 条の保護義務・付随義務や不法行為責任への拡張を支持する見解、さらに④拡張適用に条件を設ける見解がある。区別の基準は、BGB690 条による注意義務の基準は寄託契約における給付義務のみに影響するの否かという点が主である。これについて、①の見解と③の見解とが両極にあることとなる。これらの見解は、BGB690 条による責任制限を受ける受寄者の保護をどの程度重視するのにかかっているように思える。

2 BGB690 条による注意義務軽減の根拠

BGB690 条によって、無償受寄者の注意義務が軽減されている根拠としては、やはり債務者の好意や寛大さ、非利己性といった要素が持ち出されるのが一般的である⁽²⁰⁵⁾。ここでも、客観的に契約上対価が存在しないためというのみならず、債務者が対価を受け取らないということ＝相手方に対して寛大さや非利己性を示しているがゆえに、公平さという観点からその注意義務を軽減するべきと説明されている。

⁽²⁰⁵⁾ Vgl., *Schlechtriem*, Vertragsordnung, a. a. O. (Fn. 19), S. 389; *Larenz*, a. a. O. (Fn. 28), S. 456.

第4章 フランス法における無償契約債務者の責任制限法理

I はじめに

本章では、フランス民法典（以下 C.C.）における無償契約債務者の責任を制限する規定を扱う。C.C.は、使用貸借、消費貸借、寄託、そして委任について債務者の責任を制限する規定を設けているが、その規定趣旨や制限の及ぶ射程などについて判例・学説ではどのような理解がされているのかを整理検討したい。一方で贈与に関しては、C.C.では贈与者の義務に関して定める条文自体が設けられていない。ただし判例・学説では、贈与に関しても、たとえば目的物に瑕疵があるために受贈者に損害が生じた場合に贈与者が負う責任に関して、贈与者は悪意でなければ責任を負わないという法理が存在するようである^①。ただし本章では、さしあたり明示的な規定のある上記各無償契約に注目して、フランスにおける判例・学説が無償契約債務者の責任制限規定をどのように扱っているのかを検討したい。

II 使用貸借

C.C.1891 条は、使用貸借の貸主は、目的物に隠れた瑕疵がある場合、それを知りながら借主に告知しない場合でなければ瑕疵から生ずる損害のために責任を負わないとする^②。ここで問題となるのは、①この規定による責任制限の根拠、②制限の対象となる責任の性質、③この規定で問題とされている損害の内容である。なお、無利息消費貸借における貸主の担保責任制限を規定する C.C.1898 条は、1891 条を準用するという形式をとっていることもあり、1891 条のみ扱うこととする。

一 判 例

（一）制限の対象となる損害の性質について

C.C.1891 条による責任の制限は、貸借目的物の瑕疵から生ずるどのような損害のための責任を制限することを目的とするのだろうか。「瑕疵から生ずる損害」は聊か不明瞭でもあり、この条文の解釈、すなわち射程が問題となろう。たとえば、瑕疵のために貸借した機械が作動せず、借主が予定どおりに仕事を完了できなかったなど履行利益に対する損害や、あるいは目的物に瑕疵があったため、借主がその身体やその保有する財産に重大な損害を負うといった完全性利益に対する損害などが考えられよう。条文からは単に「瑕疵から生ずる損害」ということしか読み取ることができないが、瑕疵を理由として発生した損害のうちどのような損害が、C.C.1891 条によって原則として免責の対象となり、例外的に帰責される対象となるのであろうか。これについて、まず判例を検討する。

^① さしあたって比較法学会編『贈与の研究』（有斐閣、1958）141 頁以下、160-162 頁（鈴木ハツヨ執筆）、I. Najjar, Rep. civ. Dalloz, V^o donation, 1991, n^{os} 577 s を参照。Najjar は下級審判例を引用しつつ、引渡債務の不履行については 1147 条の適用があること、追奪および瑕疵担保責任が原則免除され、悪意 *dol ou mauvaise foi* の場合には担保責任を負うことを指摘する。

^② C.C.1891 条：「貸借物が使用者に損害を生じさせることがあるような欠陥を有するときで、貸主がその欠陥を知り、かつ、それを借主に知らせなかった場合には、貸主は、責任を負う」。条文の邦訳に関しては、法務大臣官房司法法制調査部『フランス民法典—物権・債権関係—』（法曹会、1982）に準ずる。

①【破棄院第一民事部 1960 年 10 月 26 日判決】⁽³⁾

〔事案の概要〕

1954 年 12 月 24 日, Sant-Jean の民間教育委員会の代理人として活動している X は, 請負人として上映室におけるスピーカーの設置のために作業していた。舞台そでにあったはしごは, X の顧客である団体 Y が彼に使わせていたものであり, そして X がその上に立っていたときに, はしごが崩れてしまった。骨折と脱臼というけがを負った X は, 損害賠償の支払いを求めて Y を訴えた。控訴院は訴えを退け, 以下のように述べた。すなわち, 請負人が「受けた事故は, 後者(上述の団体)の責任を, はしごの崩壊が…隠れた瑕疵に基づいているであろう場合においてのみ生ぜしめた」。X 上訴。

〔判 旨〕

請求棄却。「使用貸借契約は, 貸主に対して, 貸借目的物の損害を及ぼしうる瑕疵のための責任を, 瑕疵を知りながらこれを借主に伝えていなかったという場合にのみ生じさせる。判決は, はしごが C.C.1891 条という規定によって支配される使用貸借の名で請負人に引き渡されていたこと考慮して, …隠れた瑕疵という場合, 貸主が瑕疵を発見し, それにも関わらずこれについて何も X に伝えていなかったということを証明するのは使用貸借の借主である X に属するということを表している」。

②【破毀院刑事部 2002 年 9 月 17 日判決】⁽⁴⁾

〔事案の概要〕

事案の概要は明らかでないが, 馬の使用貸借において, 貸主 X が借主 Y に貸与した馬の気性が荒く, そのために Y が負傷したという事案のようである。この事案について, 貸主である X に対して刑事事件が提起され, 同刑事裁判において, 刑事訴訟法 470 条に基づいて Y から X に対する損害賠償請求がなされた。なお, 刑事訴訟について X は無罪となっている。

〔判 旨〕

破棄院刑事部は, 目的物の瑕疵について使用貸借貸主が責任を負うべき場合を定めている C.C.1891 条について以下のように述べ, Y による損害賠償請求を退けた控訴院の判断を批判する。すなわち, 「『それを使用する者に損害を引起こしうるような』とされている C.C.1891 条の意味する貸借目的物の瑕疵は, 借主に対して, 当該貸借目的物に固有かつ内在の瑕疵について知りながら告げない貸主に責任を負わせている。乗馬中に転倒した者が, その馬に乗馬するために必要な適性を示していないという事情は, C.C.1891 条の意味における瑕疵を特徴づけることができないであろう」。「他方で, 他の『通常の』動物についての報告によって, 貸借目的物である馬の瑕疵の存在が証明されたならば, そしてそのような瑕

⁽³⁾ Bull. civ. 1, n° 463.

⁽⁴⁾ Bull. crim. criminal 2002 n° 165. なお, 本判決の評釈として François Chabas, Droit & Rattrimoinne 2003, 110 がある。

疵がないとして『専門家にとってわかるような』馬の瑕疵を知っていた貸主を咎めるにとどめていたという過誤があるならば、控訴院はその判決の法的基礎を失う。「Yより貸借した馬に乗っていたXは、馬をギャロップさせたのち制御を失い、その後馬が突然停止したために柵方向へと投げ出されたこと、原告は、3か月以上の就労不能の原因となったけがを負ったことを理由に、Xに対して提起された告訴において私人として、過失に基づく損害賠償を請求した。Xは告訴において無罪となったため、軽罪裁判所は刑事訴訟法470条1項の適用について述べ、Yによる私人としての損害賠償請求を退けた」。「この点について判決を修正し、Xについて、C.C.1891条の適用のもと、自己による損害という結果のために責任ありとするため、控訴院は次のように述べる。すなわち、X自身も馬の転倒によって被害を受けていたこと、その馬は訓練が不十分で、怖がり、突然かつ予見不能な反応を起こしうることをXが知りながら、その瑕疵が隠れていたという理由でYに馬を貸借する際にこれを知らせなかった」。「動物の使用は被害を生じさせたということが認められるのであり、C.C.1382条および1385条の適用は認められない」。

以上2つの判決では、どちらも目的物の瑕疵のために、借主の身体という完全性利益に対して損害が発生した場合が問題となっている。判例では、このような損害が発生した場合でも、それが貸借目的物の瑕疵に由来することから、C.C.1891条のみが問題とされているようである。判例②では、貸借した馬の気性に問題があり、そのために乗馬中借主が身体にけがを負ったという事例であるが、貸主が瑕疵を知りながら告げなかったことを理由に、債権者の被侵害利益について考慮することなくもっぱらC.C.1891条の問題とし、不法行為責任（C.C.1382条および1385条）を退けている^⑤。判例では、このように債権者の被侵害利益について特に区別することなく、使用貸借契約が成立していたかどうか、そして1891条の要件が備わっているかどうかについて判断をし、それによって貸主に賠償義務があるかないかを判断している。

（二）不法行為責任との関係について

不法行為責任とC.C.1891条による責任制限との関係については、①借主に対する不法行為責任と②第三者に対する不法行為責任とが問題となりうる。

^⑤ この点について、瑕疵ある馬の貸借によって損害が生じたという場合、通常は不法行為責任が追及されることが多いとされる。V., D. IR. 2002, 3061. ただし本判決によって不法行為責任が退けられた理由については、C.C.1891条に基づく責任が認められる以上、不法行為責任について検討する必要があるとされたためであるのかは明らかでない。なお、C.C.1382条および1385条は以下のとおりである。
C.C.1382条：「他人に損害を生じさせる人の行為はいかなるものであってもすべて、過失によってそれをもたらした者に、それを賠償する義務を負わせる」。C.C.1385条：「動物の所有者又はそれを用いる者は、その使用中は、保管下の動物であれ、逸走した動物であれ、それが生じさせた損害について責任を負う」。

1 借主に対する不法行為責任との関係について

③【破毀院予審部 1941 年 4 月 1 日判決】⁽⁶⁾

本判決は、借主 X が貸主 Y より使用貸借した建物の瑕疵のため、X の妻が損害を受けたとして X が Y に対して不法行為 (C.C.1386 条) に基づいて損害を賠償した事件である。本件において、Y は建物に瑕疵があることを X に告知していたようであるが、どのような瑕疵についてどのような内容の告知があったのかは明らかでない。

〔判 旨〕

「上訴は、以下の点について判決を非難する。すなわち、モートルの事故の結果として X によって申し立てられた、彼の妻が被った損害の賠償請求を退けた点である。そして不動産所有者の責任は、使用貸借によって契約としての性質を有し、そして C.C.1891 条の規定によって規律されるとし、そしてこのとき、当該条文は、不法行為領域に並ぶにすぎず、したがって、不動産所有者に帰されるところの責任の一般的規律を設定している 1386 条の規定の適用を排除することも妨げることもできないと述べる。しかし、使用貸借契約は、貸主に対して、貸借物の損害を生じさせる瑕疵の責任を、貸主がそれを知りながら借主に告げなかった場合にのみ生じさせる。C.C.1891 条において述べられているこの規定は、1386 条⁽⁷⁾において規定されている一般的な不法行為責任の範囲を限定する効果を有するのであり、不動産使用貸借に関しては、その責任について…契約責任としての性質を与えるという結果をもたらす。したがって、所有者である Y は X に対して、無償利用の目的物として合意した建物の瑕疵および事故の原因である瑕疵を明確に知らせており、加えて、1891 条の規定のみを所有者に適用している Riom 控訴院は、適用された条文を正当に適用した」。以上のことから、Y について不法行為責任がそもそも問題とならず、C.C.1891 条に従って瑕疵が X に伝えられている以上は、Y に責任はないとされた。

2 第三者に対する不法行為責任との関係について

④【破毀院第二民事部 1976 年 7 月 1 日判決】⁽⁸⁾

事案の概要は明らかではないが、あるコミュニケーションが、学校の父兄会が主催する映画の野外上映会のために柱を無償で貸借したが、この柱の内部が腐敗していたために倒れ、第三者に損害を与えたという事案のようである。

〔判 旨〕

「市は貸借物を保管していたのであって、老朽化の状態および内部の腐敗状態を知ることができまた知らなければならなかった。したがって同市はその柱が引き起こした事故の損害という結果について責任を負いうる」⁽⁹⁾。

⁽⁶⁾ S. 1941, 112.

⁽⁷⁾ C.C.1386 条：「建物の倒壊が営繕の欠如の結果として、又は建築の瑕疵によって生じたときは、その所有者は、それによって生じる損害について責任を負う」。

⁽⁸⁾ Gaz. Pal. 1976, 2, 238.

⁽⁹⁾ なお、J. -R. Mirbeau-Gauvin, Rep. civ. Dalloz, V^o prêt, 1997, n^{os} 92 s 参照。

判例③では、目的物の瑕疵により債権者である借主ではなく第三者（借主の妻）が損害を受けたという事案であるが、借主による貸主に対する不法行為責任の追及を、C.C.1891 条を適用することで退けた。たとえ損害の発生が第三者にあるとしても、貸主—借主という使用貸借契約関係にある当事者間の訴訟では、もっぱら使用貸借契約に基づく権利義務関係が問題となるのであり、そのため不法行為責任は契約上の責任を規定する C.C.1891 条によって排除されると構成していることとなる。他方で判例④では、事案の概要は明らかでないものの、使用貸借した目的物の瑕疵から第三者に損害が生じたいという限りでは判例③と同一であるが、訴訟がその第三者から貸主に対して提起されたという事案のようである。この場合には、貸主のための責任制限を定めている C.C.1891 条の適用はなく、不法行為責任の有無のみが問題とされているようである。

このように、不法行為責任に関しては借主に対する責任は使用貸借契約が認定される限りで 1891 条によって排除され、第三者に対してはもっぱら不法行為責任のみが問題となるとされているようである⁽¹⁰⁾。

二 学 説

学説においては、C.C.1891 条のように貸主の責任を制限する根拠が、契約の無償性や貸主の非利己的性質 *désintéressé* にあることや、1891 条によって制限されまた帰責される損害賠償責任の性質が契約責任であるという指摘のほか、とくに議論は見られない。しかし、この契約責任という言葉が、「使用貸借に基づく責任」という意味であるのか、または「担保責任も一種の債務不履行責任である」という意味での契約責任であるのかは明らかでない。また、不法行為責任との関係については、第三者に対して使用貸借目的物の瑕疵から損害が生じた場合、貸主は第三者に対して不法行為責任（C.C.1382 条および 1384 条⁽¹¹⁾）を負うとされている⁽¹²⁾。

⁽¹⁰⁾ 借主に対する不法行為責任の追及を排除する判例として、そのほかたとえば Cass. Req. 20 mai 1930: D. 1930, 378 がある。

⁽¹¹⁾ C.C.1384 条 1 項：「自己の行為によって生じさせる損害だけでなく、自己が責任を負うべき者の行為又は自己が保管する物から生じる損害についても、責任を負う」。同 2 項：「ただし、いかなる名義であれ、火災が発生した不動産又は動産の全部又は一部を保有するものは、その火災がその者の過失又はその者が責任を負う者の過失に帰せられるべきことが証明される場合でなければ、それから生じる損害について、第三者に対して責任を負わない」。同 3 項：「前項の規定は、所有者と賃借人との間の関係には適用されない。それは、引き続き民法典第 1733 条及び 1734 条によって規律される」。

⁽¹²⁾ A. Sériaux, *Contrats civils*, 1^{re} éd, P.U.F., 2001, n° 79; P. Malaurie, L. Aynès et P. -Y. Gautier, *Cours de droit civil*, T. VII, *Les contrats spéciaux*, 14^e éd, 2001, n° 917; P. -H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 6^e éd, Litec, 2008, n° 360; F. Leclerc, *Droit des contrats spéciaux*, L.G.D.J., 2007, n°s 604 s; D. Maniguy, *Contrats spéciaux*, 7^e éd, Dalloz, 2010, n° 356; A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, 9^e éd, Montchrestien, 2011, n°s 649 s; P. Malaurie, L. Aynès et P. -Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd, Defrénois, 2011, n° 918. なお Cornu は、使用貸借における貸主の責任制限について、賃貸人との相違を指摘して以下のように述べる。すなわち、「この相違、すなわち賃貸借と使用貸借との間に流れる唯一の相違は、使用貸借貸主のために、その責任の制限によって表現されることが公平である。使用貸借貸主はいわば友人として奉仕し、借主をその善意でもって助けるからである。使用貸借貸主の側では、悪意（これがある場合はもはや友人でない）は、使用貸借法の外側に使用貸借貸主が置かれるというように扱われる必要がある。一貫性という要素と賠償という原則は、使用貸借内部の均衡と有償契約と無償契約との間の調和を確立するという二重の効力を有する（1876 条、あるいはより正確

Ⅲ 寄 託

C.C.における寄託契約の規定は、1927 条において受寄者に求められる注意の基準を定め、1928 条において 1927 条の定める注意よりも高度の注意が要求される場面が列挙されるという点で特徴的である⁽¹³⁾。すなわち、C.C.では原則形態を無償とする寄託契約において、無償受寄者に求められる注意義務を法定し、続いて契約が有償の場合、もっぱら受寄者にとってのみ利益になる場合、あるいは特別な合意があるなどの場合、より高度の注意を要求するという構造となっている⁽¹⁴⁾。

一 判 例

無償寄託契約における受寄者の注意義務・責任に関して扱われた判例は多くはないが、以下の 2 つの判例が参考になる。

⑤【Lyon 商事裁判所 1920 年 8 月 13 日判決】⁽¹⁵⁾

〔事案の概要〕

1919 年 8 月末、原告である X の妻は、Y の代表者に、染め直しのために彼女の 400 フランの価値があるコートを渡した。Y は、すべてを一緒に染め直すために、夫人がコートの襟部分を送付するまでコートを保管するということについて合意した。9 月のはじめ、Y に対して指示が与えられた後で、X 妻はそのコートが押し入れにおいて蔑にされていて、そこでコートが衣魚によって虫食いの状態となり、そして使用することができなくなったことを確認した。X は、法に基づく利息および訴訟費用に加え、生じた損害のために計 400 フランの支払いを求め、Y を提訴した。X は、C.C.1927 条および 1933 条⁽¹⁶⁾の文言によれば、受寄者は寄託物の保管において彼自身の物の保管において用いるのと同じの注意を用いなければならない、受寄者の行為による毀損のために責任を負うと主張した。X は、Y が彼に対して、寄託物である衣類の価値を支払わなければならないという。最後に補足的に、X は、係

には使用貸主の側での非利己性)」。そして、この法理の淵源がローマ法にあるとも指摘する。「ローマを法源とするこの規範は、われわれの時代にまで、その唯一の効力を生き長らえさせている」。V. RTD. civ. 1981, 650, obs. G. Cornu.

⁽¹³⁾ C.C.1927 条：「受寄者は、受寄物の保管において、その者に属する物の保管において払うのと同じの注意を払わなければならない」。C.C.1928 条：「前条の規定は、[以下の場合には、] より厳格に適用されなければならない。1 受寄者が寄託を受領することを自ら申し出た場合、2 受寄者が寄託[物]の保管について報酬を約定した場合、3 もっぱら受寄者の利益のために寄託を行った場合、4 受寄者がすべての種類の過失について責任を負う旨を明示的に示した場合」。C.C.における寄託契約は、原則として「本質的に無償の契約」とであるとされる (C.C.1917 条)。

⁽¹⁴⁾ なお、C.C.においては 1137 条において債務者の負う注意義務に関する原則規定が置かれている。C.C.1137 条 1 項：「物の保存について注意する義務は、合意が当事者の一方のみの便益 *utilité* を目的とする場合であれ、共通の便益 *utilité commune* を目的とする場合であれ、保存の任にあたる者を善良な家父長としてすべての注意を払う[義務]に服せしめる」。同 2 項：「この義務は、一定の契約に関しては、拡大され、又は縮小される。この点については、契約の効果は、それに関する章で説明される」。2 項によれば、寄託契約に関する C.C.1927 条および 1928 条はこの原則を修正する規定であることになる。

⁽¹⁵⁾ D. 1921, 2, 76.

⁽¹⁶⁾ C.C.1933 条：「受寄者は、受寄物が返還の時にある状態においてのみそれを返還する義務を負う。受寄者の行為によって生じたのではない毀損は、寄託者の負担とする」。

争物であるコートの検査させるため、そして被った損害の総額を確定するために、鑑定を要求した。

〔判 旨〕

請求棄却。「実際、当事者らは、X 妻が Y に対して染め直させるためにコートを手渡したことを認めているという点では一致している。その襟を欠いていたコートは、襟が Y に送付されるまでの間、Y の下で寄託されたままでいなければならず、結局コートは Y のもとでの寄託中に虫によって食われてしまった。C.C.1927 条の文言によって、受寄者は、寄託物の保管において自らの物の保管において用いるのと同じの注意を用いなければならないということが正しいのであれば、受寄者は例外的かつ特別の注意に対して責任を負えない。C.C.1927 条によって規定される無償寄託と 1928 条によって規定される有償寄託とが区別されることは明確である。有償の受寄者は、その責任について寄託に際して彼が受け取る報酬によって補正を受けるため、寄託物の安全のために必要なあらゆる方策を講ずる義務を負う。本件では寄託は全くの無償であって、全く寄託者の便宜のためにのみ受け入れられた。この寄託の期間が延長したのは、ただ、X が必要な指示を Y に与えることを怠り、そして X の側にあるコートの一部（襟部分）を手渡すことを X が怠ったということによる。いずれにせよ、Y に対してはいかなるフォートをも指摘されない。事実認定の結果、Y は同様に彼に預けられた目的物に生じた毀損の責任も負わされえない。したがって、C.C.1933 条に従い Y が現状において返還をしたことは正当である。これらの理由から、Y は X 妻のコートに生じた偶然的毀損について責任を負わされえない」。

⑥【破毀院第一民事部 1954 年 12 月 22 日判決】⁽¹⁷⁾

〔事案の概要〕

事案の概要は明らかではないが、概ね以下のとおりである。X は、1940 年 4 月 22 日、Chalons-sur-Marne の自動車工である Y に X 夫の自動車を修理の目的で預けた。しかしその後、ドイツ軍の侵攻のため避難命令が出され、Y はやむなく、従業員とともに有償で寄託していた他の顧客の自動車数台とともに避難した⁽¹⁸⁾。その後 X は、自動車の返還を求めて訴えを提起した。

〔判 旨〕

請求棄却。「Marne 県による 1940 年 6 月 11 日付の、Chalons-sur-Marne 市長に対して、来る 6 月 14 日にドイツ軍の侵攻の危機にある町全体の避難を行わせることを命ずる命令の実行に基づいて、Y はその工場を放棄しなければならなかったと確認した。判決が、Y は『その従業員といくつかの車とともに』その居住地を離れたという理由において示しているように、X の車は無償寄託の対象となっていて、『自動車工に対して、有償寄託の対象とな

⁽¹⁷⁾ D. 1955, 252.

⁽¹⁸⁾ 判決文に詳細はないものの、不可抗力による返還義務の不能とされていることから、X の自動車は戦火によって失われてしまったということのようである。

っている車の場合に問題となるのと同じの注意を要求することはできない』ことは明らかである」。

判例⑤・⑥は、いずれも無償寄託契約における返還義務違反（目的物の損傷と滅失）による受寄者の義務違反・責任の有無が問題となった事例である。一方は下級審判決であるものの、どちらの判決でも、無償寄託と有償寄託とにおいて受寄者に要求しうる義務の程度に差異があることを強調し、無償寄託の受寄者に対しては有償寄託の受寄者に求めうるような注意は求められえないとしている。そしてこれをもって、それぞれ目的物に損傷が生じたこと、滅失によって返還が不能となったことについて、無償受寄者に責任はないとされている。

二 学 説

学説ではまず、C.C.1927条によって要求される注意がどのように判断されるのかについて述べられている。そこでは、無償寄託の場合、注意の基準は具体的に *in concreto* 各無償受寄者個人の備える注意によって判断され、抽象的に *in abstracto* 判断されるのではないとされる⁽¹⁹⁾。すなわち、有償寄託の際には善良なる家父長という抽象的基準に従った注意義務が課されるのに対して、無償寄託では、まさに受寄者が自己の物に対して用いるのが常である注意という各受寄者の個性に従った注意の基準によって注意義務の程度が定められるとする。そして学説では、このようにして判断される注意義務とフォートの評価とを結び付けている。フォートが（抽象的に）重大なものであったとしても、それが受寄者自身の物に対して用いる注意においては通常である場合は、注意義務の違反はないとされる。そして、このように有償寄託と無償寄託とで注意義務およびフォートの評価を異ならせる理由としては、契約の有償・無償という債務者の受ける利益の有無の差として説明されている⁽²⁰⁾。さらに、無償受寄者と有償受寄者との差異は、それぞれが負う債務の性質にも及んでいるとされる⁽²¹⁾。すなわち、C.C.1137条によれば、寄託契約での主たる債務である保管義務は手段債務であるところ、1927条によって修正を受ける。そのため、無償受寄者の負う手段債務も修正を受けることとなり、一般に「軽減された」あるいは「軽い」手段債務 *obligation de moyens allégée* を負うこととなるとされる。この手段債務は主に証明責任の配分に影響するとされるが、Avanziniによれば、このとき寄託者と受寄者との関係が具体的にどのようなものかについては以下のとおりである。すなわち、「それでは無償受寄者は、寄託物の

⁽¹⁹⁾ Sériaux, *op. cit.*, n° 98; Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n° 891; Antonmattei, Raynard, *op. cit.*, n° 523; Leclerc, *op. cit.*, n° 1041 s; Maniguy, *op. cit.*, n° 402; Bénabent, *op. cit.*, n° 1044 s; Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n° 880 s. なお、M. Boitard, *Les contrats de services gratuits*, Recueil Sirey, 1941, pp. 240 s; Noël Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, 1965, n° 81 s; R. Rodière et P. Delebecque, *Rep. civ. Dalloz*, V° dépôt, 1994, n° 112 s も参照。

⁽²⁰⁾ I. Avanzini, *Les obligations du dépositaire*, Litec, 2006, n° 71.

⁽²¹⁾ Avanzini, *op. cit.*, n° 73 s.

滅失あるいは毀損の責任をどのような方法で負うのだろうか。受寄者は、もしフォートが受寄者自身の事柄を管理していたとしてもなされたであろうものであれば、たとえ重大なものであってもそのフォートに対して責任を負わない。受寄者が寄託の履行に対して、彼自身に属する事柄において用いるような注意にも満たない注意を用いたという場合にのみ（もちろんその事柄次第であるという前提事項を伴うのではあるが）、フォートがあるものと考えられよう。判例を検討すると以下のことが明らかになる。すなわち受寄者は、彼自身の物に対する注意よりも高度な注意を寄託物に用いる必要はないということである。これは以前から原則を形成しており、そしてとくに、Toulouse 上訴院の判決に関係している。これはある者が友人のところにワインボトルを預けたが、その友人が窃盗の被害に遭い、そのワインボトルも盗まれてしまったという事例である。訴訟において裁判官は、無償受寄者はワインボトルに対して彼自身に属する物に対するのと同じの注意を用いており、そして受寄者が被害者となった窃盗は不可抗力、したがって無償受寄者のその責任を免除するところのものを表していると評価した」。

「寄託者の地位は幾分不利であり、寄託者は、『受寄者がその通常の行動をとらなかったということを訴えにおいて証明し』なければならないだろう。『受寄者にとって非常に有利である』。同じく實際上、受寄者のフォートを証明することは、寄託者にとって極めて証明が困難であろう。したがって、選択において慎重であるべきなのは寄託者である。たとえば寄託物が損傷したという場合、実際に受寄者がほとんど注意を用いないような者であっても、そのような受寄者が責任を負わないということもありうるだろう。相手方選択について任意である寄託者が、『相手方を信用したことに不注意がある』場合、『受寄者の注意を埋め合わせてしまうようなフォートを犯していることになる』。…『自己の事柄についてほとんど気を使わない友人に、あなたが寄託を委ねたとしたら、あなたはその過失について嘆いてはならない』」。

ここでは、無償受寄者に対して寄託物を委ねたとき、受寄者の注意が不足していたことをもって物に損害が生じたとしても、それは寄託者自らが不注意な受寄者を選択したことに由来するために、寄託者は受寄者に対して責任を追及することができないという評価がされている。

IV 委 任

C.C.1992 条 2 項は、無償委任契約における受任者のフォート判断に関する規定であるが、受任者が責任を負うための一般的基準を定める同条 1 項を受け⁽²²⁾、委任が無償である場合の特別な取り扱いについて規定する。すなわち、「ただし、過失に関する責任は、委任が無償である受任者に対しては、報酬を受け取る受任者に対してよりも厳格でなく適用される」と規定する。C.C.1992 条 2 項による無償受任者のための責任制限規定は、寄託契約の場合

⁽²²⁾ C.C.1992 条 1 項：「受任者は、故意 dol についてのみではなく、その事務処理において犯す過失についても責任を負う」。

と比べ特徴的である。寄託契約では、寄託が無償であるかあるいは有償（あるいはその他 C.C.1928 条の列挙する場合）であるかに応じて、受寄者が用いるべき注意義務の基準が「自己の物に対するのと同じの注意」であるか「それよりも厳格な（善良なる家父長の）注意」であるかに区別されていたが（1927 条および 1928 条）、1992 条 2 項では、委任が無償の場合には、有償委任の場合と比べて、受任者のフォートに関する判断をより厳格でなく行うという趣旨の規定が置かれている。以下では、この規定が問題となった判例および学説を整理する⁽²³⁾。

一 判 例

⑦【破毀院民事部 1909 年 2 月 3 日判決】⁽²⁴⁾

〔事案の概要〕

X と久しく以前から友人関係にあった Y が、X のために 3000 フランの小切手を受け取り、それを X に引渡すという委任事務を引受けたが、X へ小切手を渡す前に小切手について窃盗の被害にあってしまった。

〔判 旨〕

破毀院は、「…非難された判決は、以下のことに立脚していた。すなわち、Y は、久しく以前から X と友人関係にあったのであり、『全く無償の委任』を実行した。Y によって用いられた注意は、『通常かつ十分であった』。そして、Y がこれと異なる注意を用いなければならないということは、当事者の意図においては存在せず、また X の予期するところのものでもなかった」として、無償受任者である Y の責任を否定した。

⑧【破毀院第一民事部 1975 年 2 月 5 日】⁽²⁵⁾

〔事案の概要〕

X の口座に 8 万フランを振り込む義務を負っていた Y は、1966 年 9 月 30 日、その金銭を訴外 A に貸借した。A は、1967 年 2 月 15 日に裁判上の整理宣告を受ける状態にあることは明白であった。Y は、X から 8 万フランの支払いと委任の実行における過失ある行為に基づいて損害賠償を請求された。

〔判 旨〕

破棄院は以下のように述べて Y の責任を肯定している。「…控訴院は以下のように指摘している。『X は、…Y が彼女に債務証書のコピーを渡したとき、単にその債務者の同一性を認めたにすぎないこと』、Y は、A に対する『1966 年 9 月 30 日の貸付の合意において最も根本的な軽率さがあったとの証明を受けたこと』、『実際、Toulon に居住していた Y は、…

⁽²³⁾ C.C.における委任の場合、条文の文言としてはその目的は法律行為に限定されないようであるが、フランスでは学説によって委任の目的が法律行為に限定されたとされる。C.C.1984 条 1 項：「委任又は委任状（の交付）は、ある者が他の者に、委任者のために、かつ、委任者の名においてなんらかのことがらを行う権限を付与する行為である」。

⁽²⁴⁾ S. 1909, 1, 328 = D. 1911, 1, 413.

⁽²⁵⁾ D. 1975, 410.

A の不明瞭な事情に関して同市で広まり始めていた、彼女が 1967 年 2 月 15 日に裁判上の整理を宣告されるという噂を無視しえなかったこと、少なくとも 1966 年 9 月末には、A が、催促されている借金に対応するための金銭を得るためにあらゆる手段を求めていることが明らかであること』、『これらの諸事情のもと、…X が Y に対して、その委任の無償性にも関わらず管理会計を求めることはもっともであること』である。したがって、控訴院は、無償受任者についても同様に、受任者の責任を生じさせるフォートおよび X の情報の欠如を特徴づけ」た。

⑨【破毀院第一民事部 1980 年 1 月 4 日】⁽²⁶⁾

〔事案の概要〕

公証人書生である Y は、X をそそのかし、Y の友人である訴外 A に 1 万 5000 フランを年利 13% で貸付けさせた。これは 1971 年から返済可能とされたが、A は全くの支払い不能状態にあつて、X は彼からいかなる支払いも受けることはできなかった。Y は、借主の支払い不能について確認することなく、顧客をそそのかせて貸付をさせたことによって過失ある軽率な行動をしたとして責任ありとされ、X に対して損害賠償として 1 万 5000 フランの支払いと、新民事訴訟法典 700 条に従って 3000 フランの支払いとを命じられた。

〔判 旨〕

Y は、控訴院が無償の受任者である Y に対して、C.C.1992 条 2 項の規定を無視して、相手方が被った損害のすべてを回復する責任があるとしたこと、そして他方では、控訴院が、X 自身にも彼女自身の軽率さによってその損害を発生させてしまったという原因があることを確認したのち、X に対してすべての損害の回復を認めていることによって矛盾していることを理由に上訴を申し立てたが、破毀院は上訴を退けている。すなわち、「…しかし、C.C.1992 条 2 項の文言によれば、フォートに関する責任は委任が無償である場合には、報酬が受け取られる場合よりも厳格でなく適用されることになるが、この規定はフォートの評価にのみ関連し、そして賠償の範囲には関係しない。控訴院は、この点について何ら非難されるようなことなしに次のように評価している。すなわち、Y はフォートを犯した」。

⑩【破毀院第一民事部 2000 年 6 月 14 日】⁽²⁷⁾

〔事案の概要〕

X は、1986 年、BIAO 銀行のあつせんで県知事である Y に対し、有価証券の購入および売却取引のすべてを実行するということを認めつつ、証券ポートフォリオの無償管理を委任した。X は、1989 年にその証券価値の大きな下落を確認しており、Y に対して管理のフォートを非難し、その損害の回復のために訴訟を提起した。

⁽²⁶⁾ Bull. civ. 1, n° 11 = D. 1980, IR, 232.

⁽²⁷⁾ CCC. 2000, n° 156, obs. L. Levebeur.

〔判 旨〕

X は、Versailles 控訴院 1998 年 5 月 7 日判決について、Y がその経営会議の一員であった SICAV にのみ投資をしたことについて Y が軽率な行為をしたかどうかを確認せず、この選択がその他の説明では会社の利益への配慮、したがって注意と忠実の欠如の証明をすることとなり、控訴院はその判決から C.C.1992 条および 1134 条⁽²⁸⁾の法的基礎を奪ってしまっていることなどを理由に上訴したが、破毀院は以下のように述べて上訴を退ける。すなわち、「しかし、…責任は、委任が無償である場合にはより厳格でなく適用されると全く正当に述べる判決は、以下のことを指摘する。すなわち、証券取引の経過に関する X の認識水準にのみ立脚することなく、受任者によって行われたほとんど適切でない選択は、その助言義務の違反を構成しない」。

以上 4 つの判例を取り上げた。このうち、判例⑦、⑧、そして⑩は無償受任者が責任を負うための基準について述べたものであり、残る⑨は C.C.1992 条 2 項による責任制限の射程について述べている。判例⑦、⑩は、結果としては委任者側に損害が生じているものの、委任の無償性を考慮して、C.C.1992 条 2 項の適用のうえ、受任者が用いた注意に問題はなかったことを判示している。この限りでは、C.C.1992 条 2 項はフォート判断に関わる規定であるが、実際にはフォート判断の前提である契約上の義務についても、寄託の場合と同様に契約の有償と無償とによって差異を設けるべきという考えが基礎にあるようである。判例⑧では、無償受任者と雖も同事案のような事情の下では受任者は責任を免れえないとし、無償受任者が責任を負うためのフォートの特徴づけたものとして紹介されている。判例⑨では、無償受任者が責任を負うべき損害賠償の範囲について争いとなった事案であるが、破毀院は控訴院の判断を支持し、C.C.1992 条 2 項の規定はフォートの評価にのみ関連し、損害賠償の範囲には関連しないということを明らかにしている。無償受任者は契約の無償性のためにそのフォート判断において有償受任者と比較して優遇されるが、その場合でもフォートが認定されれば、有償受任者と変わらない責任＝損害賠償義務を負うべきとされていることに注目できる。

二 学 説

まず、C.C.1992 条 2 項が無償の受任者についてフォートの評価を優遇している点について、多くの学説は、委任の無償性そのものに根拠を求めている⁽²⁹⁾。とくに Pétel や Malaurie

⁽²⁸⁾ C.C.1134 条 1 項：「適法に形成された合意は、それを行った者に対しては、法律に代わる」。2 項：「合意は、それを行った者相互の同意又は法律が許す原因によってでなければ、撤回することができない」。3 項：「合意は、誠実に履行しなければならない」。

⁽²⁹⁾ P. Pétel, *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, n°s 157 s; Sériaux, *op. cit.*, n° 138; Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n° 567; Antonmattei, Raynard, *op. cit.*, n° 484; Leclerc, *op. cit.*, n° 918; Maniguy, *op. cit.*, n° 572; Bénabent, *op. cit.*, n° 973; Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n° 567. なお, Boitard, *op. cit.*, pp. 240 s; Dejean, *op. cit.*, n°s 86 s; P. L. Tourneau, *Rep. civ. Dalloz*, V° mandat, 2000, n°s 290 s も参照。

らは、委任が無償か有償かという点よりも、むしろ「委任が有償＝受任者は専門家として行動している」という点を重視し、委任が無償である場合には非専門家として受任者が行っていることに根拠を求めているようである⁽³⁰⁾。また、諸学説は判例に従い C.C.1992 条 2 項の適用もフォートの評価に限定され、損害賠償の範囲には関わらないとしている。なお、Pétel は、C.C.1992 条 2 項がフォート評価にのみ関連することについて以下のように指摘する⁽³¹⁾。すなわち、「実際、C.C.1992 条は裁判官に対して受任者の非利己性 *disintéressement* を理由に賠償を制限することを可能にするようでもあるが、これは民事責任の体系において相応しくない道徳的考慮を導入するものである。すなわち、賠償責任の制限を認めることは、民事責任の一般原則の名のもとで賠償が損害と釣り合ったものでなければならないのにも関わらず、それがフォートの重大さに比例していなければならないことを認めることになる」。「受任者は、裁判官がある損害がまさに受任者のフォートに基づくものであると決定するとき、それにより引き起こされた損害の全部を賠償しなければならないということがこの原則により一致している。そのような段階にあつては、委任が無償であったかそうでないかに従って区別を行うという理由は存在しないだろう。そのような区別付けは、より以前の段階において必要なものとなる。すなわち、受任者の行為の評価においてである。実際に、無償の受任者の行動の評価が、有償の受任者およびとりわけ専門家である受任者の行動の評価よりも厳格なものでないということは当然である」。

無償委任における受任者のフォートを寛大に評価せよとの C.C.の規範は、学説では有償受任者＝専門家、無償受任者＝非専門家という対比のもと、非専門家である無償受任者に対しては、専門家である有償受任者に対して期待・要求し得るほどの注意を要求できず、結果として両者の負う義務には基本的に差異があると考えられているようである。

V 小 括

以上、C.C.における無償契約債務者の責任制限規定に関わる判例および学説の整理を試みた。C.C.では、使用貸借および消費貸借において貸主の担保責任の制限規定が置かれ（C.C.1891 条および 1898 条）、寄託および委任において、それぞれ契約が有償の場合と無償の場合とで、債務者の負う注意義務やフォートの評価を区別づけることを規定する（C.C.1927・1928 条、1992 条 2 項）。このように C.C.では、日本民法や BGB とは異なつて、委任契約についても、委任が無償である場合には受任者のフォートの評価を緩和するというかたちでその責任に配慮しているという特徴がある。

一 担保責任の制限

（一）制限される担保責任の性質

C.C.1891 条および 1898 条では、それぞれ使用貸借および無利息消費貸借において目的

⁽³⁰⁾ Pétel, *op. cit.*, n° 159; Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n° 567.

⁽³¹⁾ Pétel, *op. cit.*, n° 157.

物に瑕疵があった場合でも、貸主が瑕疵を知りながら告げないという事実がなければそのことから生ずる責任を負わないとある。日本でも、贈与者や使用貸借貸主は、目的物の瑕疵について知りながら告げないという場合でなければ、担保責任を負わないとする規定がある。これにつき、C.C.1891 条でもいわゆる担保責任が問題とされているところ、そもそもフランス民法では担保責任という責任がどのように捉えられているのか、責任体系上どのように位置づけられているのが問題となる。しかし、担保責任の性質については、貸主の担保責任制限に関わる規定をめぐる判例や学説からは必ずしも明らかでない。そこで、C.C.に規定される売買契約において売主の負う追奪担保責任および瑕疵担保責任（それぞれ C.C.1626 条以下、1641 条以下）に関する議論をみることにする⁽³²⁾。

まず、担保責任の法的性質に関して、フランス民法学説では売主の負う担保責任をその適用場面を目的物の特定不特定と結び付け、一応債務不履行責任とは別個の責任として構成する見解が多いとされる。すなわち、特定した目的物に瑕疵があったとしても、それは引渡債務の不履行にはならないという。一方で、種類物の引渡しは契約の内容である場合には、目的物に瑕疵があった場合、売主は債務不履行責任を負うことから⁽³³⁾、いわゆる特定物ドグマに基づく責任構成が主流であるとされる。

C.C.における売主担保責任において特徴的であるのは、売主が目的物に瑕疵があることについて悪意である場合には、売主の負う損害賠償責任の範囲が拡大することが条文上明記されていることである⁽³⁴⁾。すなわち、目的物に瑕疵があることを知りながら譲渡した売主は、売買費用の償還のみならず、瑕疵によって生じたすべての損害を賠償する義務を負うこととなる。その根拠については、Pothier にまでさかのぼるようであり、同氏によれば、瑕疵について売主が悪意である場合、そのような態様は買主に対する詐欺 *dol* であり、この非難可能性の重大さが賠償責任拡大を根拠づけているとされる⁽³⁵⁾。

翻って C.C.1891 条が問題となった判例をみるに、種類物を目的とする使用貸借契約における目的物の瑕疵が問題となった判例は見当たらず、学説でもそのような区分に関して言

⁽³²⁾ 担保責任といってもその内容や性質にはさまざまなものがありうる。ここでは、「目的物の瑕疵から生じた損害に対する責任」という意味で、便宜上担保責任とよぶこととする。なお、C.C.における売主担保責任に関しては、とくに瑕疵担保責任に関して扱うものとして、柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』（有斐閣、1963）113 頁以下、北川善太郎『契約責任の研究』（有斐閣、1963）123 頁以下、野沢正充「フランスにおける瑕疵担保責任の法理」同編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』（日本評論社、2009）83 頁以下を参照。

⁽³³⁾ 北川・前掲注(33)123 頁、野沢・前掲注(33)95 頁。

⁽³⁴⁾ 柚木・前掲注(33)115 頁、北川・前掲注(33)124 頁。追奪担保責任について C.C.1635 条：「売主は、他人の土地を悪意で売却した場合には、奢侈又は安楽のためのものであっても、取得者がその土地に対して行ったすべての支出を取得者に償還する義務を負う」。瑕疵担保責任について 1645 条：「売主は、物の瑕疵を知っていた場合には、売主が受領した代金の返還のほか、買主に対してすべての損害賠償の義務を負う」。とくに C.C.1645 条による損害賠償の拡大につき、これによって目的物の瑕疵から生じた拡大損害をも把握するとする裁判例があるとされる（荻野奈緒「売買契約の目的物の瑕疵に起因する拡大損害」松川正毅＝金山直樹＝横山美夏＝森山浩江＝香川崇編『判例にみるフランス民法の軌跡』（法律文化社、2012）222 頁以下）。なお、債務法現代化以前の BGB でも、売主が目的物の瑕疵について悪意で黙秘していた場合には、特別な法律効果を定める規定が置かれていた。旧 BGB463 条参照。

⁽³⁵⁾ 野沢・前掲注(33)86 頁。

及するものはないようである。判例では、目的物の瑕疵から債権者（借主）の完全性利益に損害が生じた場面や、不法行為責任との関連が問題とされている。このような場合、C.C.1891 条に規定されるように、目的物の瑕疵が損害発生の原因となっている限りでは、もっぱら C.C.1891 条の適用によって、貸主が瑕疵について悪意であったか否かを基準として帰責を判断しているといえる。目的物の瑕疵について悪意である場合には、その瑕疵から拡大的に完全性利益に対して損害が生じた場合にも、C.C.1891 条という担保責任に関わる規定によって賠償を義務づけるという構成は、悪意の売主に全損害の賠償を義務づけるという売主担保責任の構成に通ずるものがあると感じさせる。このような関連からは、C.C.では貸主の悪意という点に着目して、悪意でなければ目的物の瑕疵に由来する損害を賠償する責任をすべて免れるが、反対に悪意であれば、借主に対する詐欺的態様という重大な非難可能性のために、C.C.1891 条によって全損害の賠償責任を負うという構成が採用されているとも推定できる⁽³⁶⁾。

（二）担保責任制限の根拠

C.C.1891 条および 1898 条において、なぜ貸主の担保責任が制限されているかについては、無償で相手方に目的物を貸与する貸主の非利己性 *désintéressé* が挙げられているほか、それ以上の言及は特に見られない。ここでいう非利己性に関しては、単に債務者が対価を得ないという事実だけでなく、ある一定の財産につき寛大にも対価を受け取ることなく相手方に利用させるという主観的な態様が含まれているようにも思える。このような主観的態様の評価を含めた責任制限の根拠づけは、ドイツ法においても見られたところである。

二 注意義務の軽減・フォート評価の緩和規定

（一）注意義務の軽減とフォート評価の緩和の具体的内容

対して無償寄託および無償委任では、それぞれ有償形態の場合と比べて受寄者の注意義務を軽減し、受任者のフォート評価を緩和するという態様での責任制限規定が設けられている。ここにおいては、注意義務の軽減やフォート評価の緩和が、どれだけ責任の制限という意味を持つのかという疑問が生ずる。すなわち、いくら注意義務を軽減したところで、軽減された注意義務に違反することも「過失」であり、過失がある以上はその義務違反によって生じた損害を賠償する責めに任ぜられよう。また、フォートの評価を緩和するといっても、有償委任の場合には通常のフォートで責任を負い、無償委任の場合には重大なフォートでなければ責任を問えないというわけではなく、ただ裁判官がその裁量によって有償委任ではフォートありとされる場合でも、無償委任ではフォートなしとされうることがあると

⁽³⁶⁾ なお、ここで扱われたものはあくまでフランス民法学説の一部分にすぎず、このように債務者の悪意を理由とした損害賠償の範囲拡大が一般法理として承認されているのか否かということまでは明らかでない。ただし、目的物の瑕疵から生ずる損害について、日本民法の立法者も、贈与者が瑕疵について善意であれば、拡大損害を含むすべての損害を免れると述べていたことにも注意が必要である（法典調査会『民法議事速記録 9』（法務図書館、1981）303-304 頁参照）。

いうに過ぎない。

この点、フランスの判例を見てみると、一貫して「有償契約の債務者に対して求めうる義務を、無償契約の債務者に対しては求めえない」という点で一致している。すなわち、対価支払いを前提とする有償契約では、契約の履行に際して債務者がこれだけの義務を果たすということを債権者は期待し、また要求しうるが、無償契約では債務者に対して有償契約の債務者に対して期待し要求しうるほどの義務を要求できないということである。ここでは、単に注意義務を軽減し、あるいはフォートの評価を緩和するというよりも、債務者の負う義務の内容・程度が、契約が有償である場合と無償である場合とでそもそも異なっていると志向されているように考えられる⁽³⁷⁾。このように、一定の作為義務、為す債務というように債務者の負う内容・性質を同じくする場合でも、有償契約・無償契約という枠組に従って債務者に対して要求しうる義務の内容に差異があるとする構成は、有償契約と無償契約における義務構造や責任構造の差異を考えるにあたって参考になると思われる。

さらに特徴的であるのは、ドイツ法における無償契約債務者の責任制限に関わる議論でみられたように、責任の効果としての損害賠償において、過失相殺（共働過失）による損害額調整を通じて無償契約債務者（あるいは契約外の無償行為者）の責任制限を志向することについて、フランス法では強く否定されているということである。すなわちフランスでは、判例⑧をはじめとし、また **Cornu** や **Petel** など述べているように、使用貸借や無償委任といった無償契約類型では、その無償性＝債務者の好意、寛大さ、非利己性といった要素のために責任制限が認められているが、この制限はあくまで一定の義務の制限や、責任要件を限定することを意味するのであって、その義務違反の結果として無償契約債務者に課される責任の効果、すなわち損害賠償義務の内容や量を制限するものではないとされている。特に使用貸借契約に関して **Cornu** の指摘するように、瑕疵について悪意でありながら（＝損害発生の可能性を知りながら）相手方に給付を行うという点に、特別な非難可能性を見いだし、そのためにこのような帰責事由があるために無償契約債務者が責任を負う場合には、むしろ厳格に責任が追及されるべきとされているものと思われる⁽³⁸⁾。このことは、使用貸借目的物の瑕疵から拡大的に損害が生じた場合についても、担保責任の制限規定である C.C.1891 条によって免責・帰責が判断されるという構造理解にも親和的であると思われる。

（二）制限の根拠

このように、無償寄託や無償委任において、それぞれの有償形態の場合とは異なった義務構造が存在するといわれている根拠としては、やはりまず債務者の非利己性という観点が挙げられている。それに加えてさらに、無償の受寄者が注意を欠く者であっても、そのような者に無償で物の保管を依頼した債権者自身に責があることや、有償の受任者は専門家として行動し、それにしたがって責任義務を負うが、無償の受任者は、非専門家として行為す

⁽³⁷⁾ 判例⑤、⑥、⑩に顕著である。

⁽³⁸⁾ 前掲注(12)参照。

るので重い責任が適切でないといった特徴的な根拠づけも見受けられる。これも裏を返せば、有償契約の債務者に対して要求しうるほどには、無償契約の債務者に対して要求しえないということのあらわれであるともいえよう。

このことからやはり、無償契約債務者がその責任や注意義務を軽減される根拠は、単に契約が無償であって対価を要しないことのみではないことを感じさせる。

第5章 日本法における無償契約債務者の責任制限法理

I はじめに

本章では、日本民法典において規定されている無償契約債務者の責任を制限する趣旨の規定について、主に学説を中心に、従来どのような解釈理論が展開されてきたのかを検討する。無償契約債務者のための責任制限規定として、民法においては贈与契約（551条1項）、無利息消費貸借契約（590条2項）および使用貸借契約（596条）につき債務者の「担保責任」を原則として免除するという規定がある。また、無償寄託契約については、有償寄託契約の場合に比べて受寄者の注意義務を「自己の財産に対するのと同じ注意」に軽減する規定が存在する（659条）。一方で寄託と同様に有償類型と無償類型とを承認する委任契約においては、無償委任であっても善良なる管理者の注意義務という高度の注意義務が要求されている（644条）。これらのうち、学説では特に担保責任の免除に関する551条1項の意義やその責任制限の対象となる責任の性質などについて議論がみられる。そして無償委任の場合、有償委任と対比した場合の無償性という特徴を鑑みて659条の類推などによって受任者の注意義務を軽減しうるかについて議論がみられる。

判例については、無償契約債務者の責任が直接に問題とされたものはほとんど見当たらない。しかし、当事者間に（無償）契約関係は認められないが、無償で一定の行為を行った者が、その行為によって相手方に損害を与えてしまった場合、その者が無償の行為に基づいて生じさせた損害が不法行為法上どのように評価されるのかが問題となった判例は散見される。無償契約における責任制限法理という問題に直接結びつくものではないが、無償行為によって他者に損害を及ぼしてしまった場合、加害者の義務や責任について、無償性という要素がどのような影響を与えるのかという問題に着目する限りでは、本稿の問題意識にとっても有意義であると考えられるので、これら判例も取り上げることとしたい。

なお、無償契約債務者の責任を制限する規定は、旧民法にも存在していた。そこで、まずは旧民法における無償契約債務者の責任制限規定とそれに関する当時の理解を簡単に紹介したうえで、現行民法起草者の見解や責任制限規定に関する現在の各学説の考え方などについて整理検討していきたい。

II 小史概観

旧民法において特徴的であるのは、まず旧民法財産編（以下財産編）において無償契約一般に関する債務者の責任制限規定がいわば総則的に規定され、旧民法財産取得編（以下取得編）において、各無償契約類型（消費貸借、使用貸借、寄託、委任、贈与）について責任制限規定が置かれていることである。こうした特徴は、現行民法には見られない点である。

一 無償契約における担保責任の原則的制限

まず財産編396条1項には「担保は有償の行為に付いては反対の要約なきときは当然存立し無償の行為に付いてはこれを諾約したるに非ざれば存立せず」と規定されている。これ

によれば旧民法では、無償契約債務者は、一般に特約がなければ原則として担保責任を負わないとされていたことになる。ここで旧民法のいう「担保責任」の意味が問題となるが、この「担保責任」とは、第三者による目的物の追奪の場合に生ずる損害に対する責任であるといわれている⁽¹⁾。すなわち、少なくとも財産編 396 条は、目的物につき本来の権利者である第三者によって、債権者が目的物の利用などを奪われる場合生じた損害に対して債務者が追うべき責任であるところの追奪担保責任の不存在を定めたものであり、いわゆる瑕疵担保責任に関しては言及がないということになる⁽²⁾。

ここで有償契約と無償契約とで債務者の担保責任になぜ差異が設けられたのかが問題となる。ボアソナードによれば、この理由は簡単に説明できるものではないとしつつも、有償行為においては、譲渡人はもともと利益を求めるものであるが、無償行為においては譲渡人はただ財産を失うのみである。そこで、譲渡しようとした権利を実際には有していないとしても、他の財産でもって給付することは穏当ではなく、これを当然とすれば他人に恩恵を与えようとして返って困窮する可能性があるからであるとされる⁽³⁾。つまり、無償契約債務者は他者に無償で恩恵を施すものであり、そのような者に追奪担保責任を課そうとすれば、むしろ無償契約債務者に損害を及ぼすことになるので、旧民法においてはこのような差異が設けられたとされる。ここでは対価の不存在という意味での無償性が重視されているようである。ただし、このように無償契約債務者は追奪担保責任を原則として免れるものの例外も規定されている。すなわち、贈与者が悪意で受贈者に害を加えようとする意思をもって、贈与物が自己に属さないものであると知りながら贈与をする場合、または贈与の前後において、贈与者自らが他人へその目的物を譲渡することによって受贈者が追奪を受けるような場合においては、合意がなくとも贈与者は担保責任を負うという⁽⁴⁾。さらに、この場合に贈与者に担保責任が生じるのは「公義条理」から当然のことであり、特別の合意をもってしても排除できないとする。

一方学説では、無償契約債務者が追奪担保責任を免れる理由については、無償行為の恩恵

⁽¹⁾ 井上操『民法〔明治 23 年〕詳解 人権之部』（信山社，2002）367-368 頁参照。

⁽²⁾ なお、磯部四郎博士（同『民法〔明治 23 年〕釈義 財産編第二部 人権及ヒ義務（上）』（信山社，2002）1704 頁以下）は、財産編 396 条にいう担保を、「義務の履行につき生じることがある損害の予防である」と説明される。このことから、同規定のいう担保責任については、追奪担保責任に限らず広く目的物（義務の履行）の瑕疵より生じた損害を含むと解せそうであるが、磯部博士もまた、担保については追奪担保責任を前提としておられたようである。また、財産編 395 条にも担保責任に関する総則的規定が設けられているが、同条も第三者による追奪に対する担保責任を規定している。

⁽³⁾ 星野英一編『民法理由書 第 2 巻 財産編人権編』（雄松堂，2001）208 頁参照。さらに、このように有償契約と無償契約で債務者の責任に差異を設けたのは、ローマ法以来各国法典に見られる規定であるからではなく、功究と深い討議を経たものであるとされる（同 208 頁）。また、ボアソナードは、受贈者が追奪により損害を被った場合（特に受贈者が贈与物を他人に売却しようとする場合）のために、贈与者に対する受贈者の損害賠償請求を認めるべきであるという見解もあるとするが、これに対しては第一に贈与に追奪担保義務があるとするのは諸外国の法律や従来の慣習に反すること、第二に贈与者が善意で贈与物の権利を自らにあるものと信じる場合、それを保護すべきであることを理由とし、追奪担保責任は認められないとされる（同 209 頁以下）。

⁽⁴⁾ 星野編・前掲注(3)212 頁以下。

性が一般的に強調される⁽⁵⁾。ここでは、対価の不存在というよりむしろ、好意から無償で給付を行う者に対して責任を追及すべきではないという道徳的評価が表されているようである。

二 消費貸借および使用貸借における担保責任の制限

(一) 消費貸借

取得編 181 条および 182 条には、消費貸借貸主の責任が定められている。181 条 1 項によれば、貸主に属さない物の貸借は無効であるが、消費貸借が利息つきであり、かつ貸主が善意でない場合、担保の責任を負うとされている。すなわち、この規定を反対解釈すれば、無利息の貸主はこの場合には担保責任を負わないことになる。ただし、ここでは契約の無効という場合が問題となっているのであり、その限りでは、ここでは追奪担保責任や瑕疵担保責任とは異なる意味での担保責任が問題となっている。また 182 条 1 項によれば、貸借物について、借主は知らないが貸主が知っている隠れた瑕疵があり、このために借主が損害を受けた場合、消費貸借が無利息であれば貸主は賠償責任を負わないとされ、ただし貸主に詐欺または加害の意思があった場合はこの限りではないとされている。

181 条において無利息消費貸借の貸主が担保責任を負わない理由としては、やはり無償行為の恩恵性があげられている⁽⁶⁾。182 条では、隠れた瑕疵より生じた借主の損害について無利息の貸主は原則として損害賠償の責任を負わず、例外として貸主に詐欺あるいは加害の意思があった場合には責任を負うとある。

まず、182 条において制限される責任の性質は何か。これについて、ボアソナードは消費貸借の片務性に言及する。すなわち、貸主が貸借した物に瑕疵があり、このために借主が損害を被る場合、瑕疵を知っていた貸主が損害賠償の責任を負うとするのは、消費貸借契約に基づいて担保責任、損害賠償義務が生じているためではなく、故意もしくは過失によって不正に加えた損害から責任が生じるためであり、この場合には消費貸借はその機会となるにすぎないという⁽⁷⁾。つまり、この損害賠償義務を消費貸借から生ずる契約上の義務であると

⁽⁵⁾ 磯部四郎・前掲注(2)1708 頁以下、井上操・前掲注(1)371 頁以下、本野一郎＝城数馬＝森順正＝寺尾亨『日本民法〔明治 23 年〕義解 財産編 第四卷 人権及ヒ義務 (下)』(信山社, 1998) 862 頁以下、井上正一『民法〔明治 23 年〕正義 財産編第二部 卷之壹』(信山社, 1996) 590 頁以下参照。

⁽⁶⁾ 井上操『民法〔明治 23 年〕詳解 取得編之部 中巻』(信山社, 2002) 383 頁、本野一郎＝城数馬＝森順正＝寺尾亨『日本民法〔明治 23 年〕義解 財産取得編 (下) (自第百四條至二百六條) 債権担保編 (自第一條至第九條)』(信山社, 1998) 834 頁。また、岸本辰雄博士(同『民法〔明治 23 年〕正義 財産取得編 卷之貳』(信山社, 1995) 19 頁)も同様に責任制限の理由について無利息消費貸借の恩恵性を挙げられる。なお、井上操博士(井上操・前掲 383 頁)は、無利息の貸主が悪意である場合には、財産編 396 条に従い責任が生じるとされる。一方、磯部博士(同『民法〔明治 23 年〕釈義 財産取得編 (中) (第 6 章～第 12 章)』(信山社, 1997) 591 頁)は、無利息の貸主は責任を負わないが、目的物に自己の権利がないことにつき善意か悪意かを問う必要はないとされ、それは無償で貸与をなすほどの者が、物が自己の物でないことを知りながらあえてこれを貸与することは想像できないからであるとされる。

⁽⁷⁾ 星野英一編『民法理由書 第 3 卷 財産取得編』(雄松堂, 2001) 693 頁以下。井上操博士(同・前掲注(6)362 頁以下)も同様に、消費貸借は、貸主に目的物の不良や有害性のため借主に及ぼした損害の賠償義務があることを指摘する。また、貸主は約束した期間内は返還を請求できない義務があるために双務契約であるとする意見に対し、返還を請求できない義務については、一般の義務であって双務契約としての義

すれば、消費貸借の片務性を損なうことになってしまうため、この義務は片務契約である消費貸借契約から生ずる義務ではなく、不正の損害を原因とする義務であるという。このように、無利息消費貸借契約の無償性から担保責任が免除されるものの、瑕疵に対する貸主の悪意（詐欺・加害の意思）によって例外的に帰責がなされる場合については、この場合に生ずる責任は担保責任（＝契約上の責任）ではなく、不法行為に基づく責任であり、その理由としては契約の片務性が挙げられているということとなる。

さらに、消費貸借が有償の場合と無償の場合とで貸主の責任に差を設けた理由は、「担保の普通法」、すなわち一般原則を適用したものであるという。この場合においても例外は設けられており、それは無利息の貸主に詐欺があった場合、または借主に対して害を及ぼす意思があった場合であるとされる。無利息の貸主が瑕疵を知らずながら相手を害しようとする意思を有し、または害を加える意思がなくとも貸主が瑕疵を知らないことをよいことに、瑕疵ある物を良品のものに取り換えようとはしないという場合、損害賠償責任を負うとする⁽⁸⁾。ただし、貸主が目的物に瑕疵があることを単に知っているにとどまるのであれば害意があるとはできず、それは貸主が瑕疵あることを知って詐欺によってこれを隠ぺいしたとしても、場合によっては損害が発生しないということを信賴していたことがあるかもしれないからであるとする。この点で、無利息消費貸借貸主がこの担保責任を負うための要件として、ボアソナードは貸主が単に瑕疵を認識していることにとどまらず、瑕疵によって借主に積極的に損害を与えようという意図、いわば害意を有しているということが必要であるとしていた点に特徴がある。

学説では、182条において無利息の貸主が責任を原則として免れる理由として、一般原則の適用、すなわち無償契約においてはその恩恵性から無償契約債務者の責任が免除されるという原則によるためであるとされている⁽⁹⁾。

（二）使用貸借

取得編 204 条には、使用貸借契約において目的物の瑕疵のために借主が損害を受けた場合には、無利息消費貸借に関する 182 条 1 項の規定を準用するとある。旧民法における使用貸借は、現行民法同様無償契約であるので（取得編 195 条）、もちろん財産編 396 条に定められている原則も適用されることになる。

204 条につき、ボアソナードによれば、消費貸借におけるのと規定趣旨は同一であるという⁽¹⁰⁾。また井上操博士によれば、204 条により生じる義務も使用貸借という契約から生じる義務ではないとされ、もしそう解するのであれば、使用貸借はもはや双務契約となるであ

務の一つではないとされ、損害賠償については貸借により生じる義務ではなく、不正の損害すなわち民事犯による結果に過ぎないとされる。岸本博士（同・前掲注(6)25 頁、27 頁）も同じく、消費貸借が片務契約であることから、この場合の損害賠償は不正の損害によるものであるとされる。本野ほか・前掲注(6)840 頁以下も参照。

⁽⁸⁾ 星野編・前掲注(7)695 頁以下。

⁽⁹⁾ 井上操・前掲注(6)389 頁以下。

⁽¹⁰⁾ 星野編・前掲注(7)759 頁以下。

ろうとされる⁽¹¹⁾。そして、使用貸借貸主が目的物の瑕疵により損害を受けた借主に対して例外的に責任を負う場合は、182条に掲げられる場合、すなわち貸主に詐欺、または借主に対して害を及ぼす意思があったということが必要となる。このとき、井上操博士によれば、瑕疵について知っている使用貸借貸主は、それを借主に告知しなければならないか、あるいは瑕疵を修繕して引渡さなければならないとされ、これを怠った貸主が損害を賠償すべきであるのは「法理上当然」とされる。しかし、貸主にこの義務が生じるのはあくまで瑕疵を知った場合であり、瑕疵を知らない場合はたとえ知らないことに過失があったとしても責任を負わせることはできず、それは使用貸借契約が無償契約であるが為に、貸主に目的物を検査して引渡す義務が存在しないためであるとされる⁽¹²⁾。つまり204条においては無償の貸主であるが為に、瑕疵の不知につき過失がある場合でもなお担保責任の制限規定が適用されると考えられていたこととなる⁽¹³⁾。

三 寄託および委任における注意義務の軽減

取得編210条および239条では、それぞれ寄託契約の受寄者と委任契約の受任者とがどのような注意義務を負うべきかについて規定されている。

(一) 寄託契約における受寄者の注意義務

まず寄託契約に関する210条では、受寄者は寄託物の保管に際して自己の財産に対するのと同じ注意を用いる義務を負うが、受寄者が自ら求めて寄託を受ける場合や、受寄者の利益を目的として寄託物の使用許可を得た場合には、より高度の義務である善良なる管理者の注意義務を用いなければならないとされている。

この規定の趣旨として、ボアソナードによれば、「受寄者は無償で利益を与えるものであるために、物の保管について過失もしくは懈怠という責があるとしても、その責任を算定する際にはこれを寛大に扱う必要がある」という⁽¹⁴⁾。そしてこれはローマ法以来の原則でも

⁽¹¹⁾ 井上操・前掲注(6)496-497頁以下。また本野ほか・前掲注(6)27頁も、204条の責任は不正の損害に関するものであることを指摘されている。

⁽¹²⁾ 井上操・前掲注(6)502-503頁。このように責任制限規定を理解すると、瑕疵について知るべきであった（過失によって知らなかった）貸主は担保責任を負わないこととなるが、このとき過失に基づく不法行為責任も負わないのかについて疑問が生ずる。ただし、すでに見たように旧民法における無利息消費貸借・使用貸借契約で問題となる瑕疵のための責任は、契約責任ではなく不法行為責任であるとされていたために、むしろここでの責任制限規定は、契約の片務性のため契約責任は当然に問題とならないことが前提とされたうえで、そのときになお問題となる不法行為責任を制限するという意味を持っていると解されていたと推測される。

⁽¹³⁾ また、184条における無利息消費貸借の貸主についても同様と思われる。その他の文献では、このような無利息消費貸借・使用貸借貸主による瑕疵の過失不知について、この場合の貸主の責任に明確に言及するものは見られないが、磯部博士（同・前掲注(5)597頁）は182条の注釈において、利息付消費貸借の貸主はその注意をもって知ることができる瑕疵については責任を負うとされる。そして岸本博士（同・前掲注(6)27頁）も、182条について、利息付消費貸借の貸主は知りうべき瑕疵についても責任を負うとされる。このことからやはり無利息消費貸借・使用貸借の貸主には、（片務性ゆえに）瑕疵に関する検査義務等は存在せず、瑕疵の不知につき過失があったとしても貸主に責任は生じないという認識が一般的であったと考えられる。

⁽¹⁴⁾ 星野編・前掲注(7)774頁。取得編206条によれば、旧民法において寄託契約は本来的に無償契約であ

あり、たとえ受寄者があまり注意を用いない者であったとしても、それは寄託者自身がその受寄者を選択した結果なのであり、自らに責任があるという⁽¹⁵⁾。ここでは、無償で給付を行う受寄者側の事情と、受寄者が注意不足から寄託物に損害を与えたとしても、それはそのような注意の足りない受寄者を選択した寄託者の落ち度であるという寄託者側の事情とが責任制限の趣旨として挙げられている。

なお、受寄者が例外的に善良なる管理者の注意義務を用いなければならないとされる場面が2つ挙げられている。それは、受寄者が自ら申し出て寄託を引受ける場合と、受寄者が自らの利益のために寄託物の使用許可を得た場合である。後者について、ボアソナードによれば、寄託が受寄者の利益のために行われることはまれであるため、法文に、受寄者が「寄託物を使用する」という場合が受寄者の利益のために行われる寄託であると特に規定したという⁽¹⁶⁾。ただし、このときなぜ受寄者の注意義務が高度なものになるのかという理由は明らかにされていない⁽¹⁷⁾。

学説では、使用貸借借主との対比で受寄者の責任が論じられている。すなわち、使用貸借借主は無償で物を使用するという利益を享受するため、善良なる管理者の注意をもって目的物を保管する義務を負うが、受寄者は利益を受けていないために、自己の財産を管理する場合と同様の注意のみを寄託物の管理に用いれば足りるとされる⁽¹⁸⁾。また、ボアソナードと同様に、受寄者が不注意な者であってもそれはその者を選択した寄託者の責任であるとも述べられている⁽¹⁹⁾。さらに磯部四郎博士によれば、寄託契約が無償であるにもかかわらず自己の財産に加える注意よりも一層の注意を求めることは、受寄者が寄託を承諾し難くなり、かえって寄託者を害することになってしまうという不都合を指摘される⁽²⁰⁾。

る。井上操・前掲注(6)515頁、岸本・前掲注(6)135頁など参照。また、受寄者が報酬を受け取る場合には、その契約は寄託契約ではなく、労務または物の賃貸として分類されるといわれている。ただし、寄託者が後日少額の謝礼などを支払うという事実があったとしても、それが対価たりうるものでなければ、なお(本質的に無償の)寄託契約を認めることに問題はないともされる。磯部・前掲注(6)687頁など参照。
⁽¹⁵⁾ 星野編・前掲注(7)774-775頁。なお、受寄者が特に注意深い者である場合、その受寄者はいわばそのような高度の注意を普段から自己の財産に対して用いているのであり、そのような受寄者が寄託を引受ける場合にはその高度の注意義務が用いられる必要があるとする。星野編・前掲注(7)775頁。同旨として井上操・前掲注(6)543-544頁。井上操博士は、普段から善良なる管理者の注意を用いる受寄者の責任が厳格になることは、甚だ酷であるが210条の原則を適用する結果でありやむをえないという。井上操・前掲注(6)544頁。

⁽¹⁶⁾ 星野編・前掲注(7)776頁。

⁽¹⁷⁾ この場合には、受寄者が寄託物を利用するという点でいわば対価を得ていると考え、単に一方的な役務提供ではないとするためであるのか、あるいは他人の物を利用するという点で、賃貸借や使用貸借の借主と同様に他人の財産に対する配慮義務が課されるためであるのかは明らかでない。なお、磯部博士はこのとき受寄者は使用借主と同様の立場にあるために善良なる管理者の注意義務を負うとされる。磯部・前掲注(6)706頁。同旨として岸本・前掲注(6)150頁。ドイツ普通法時代における立法例等でも、無償契約である寄託契約において、例外的に受寄者に高度の義務や責任が要求される場合について、同種の規定を設ける例が見られた。また、C.C.でも受寄者の義務が加重される場面として、同種の規定が設けられている(C.C.1928条)。それぞれ第1章—Ⅲ、第4章—Ⅲ参照。

⁽¹⁸⁾ 岸本・前掲注(6)138頁、磯部・前掲注(6)690頁、井上操・前掲注(6)516-518頁。

⁽¹⁹⁾ 岸本・前掲注(6)148-149頁、井上操・前掲注(6)544頁。

⁽²⁰⁾ 磯部・前掲注(6)704-705頁。また、井上操博士も同旨であるが、さらに加えて、受寄者になお善良なる管理者の注意を求めることは「実に酷にして情義の許さざる所と云わざるべからず」という。井上操・前掲注(6)541頁。

なお、井上操博士は寄託契約と委任契約とを比較して、特に債務者（受寄者・受任者）の負う義務につき以下のように述べる⁽²¹⁾。すなわち、委任契約において受任者はたとえ軽いものであっても過失がありさえすれば責任を負うのであって、無償委任の場合にはあくまで過失が寛大に評価されるに過ぎない⁽²²⁾。しかし、寄託契約では受寄者は軽い過失に対しては責任を負わず、自身の財産に対する注意と同一の注意を用いていけばよいという違いがあるとされる。そして、なぜそのような差異が認められるのかについては、「元来寄託はただその物を監守し保存するにとどまるために受寄者は特段の注意を果たさずとも自己の財産に対して用いるのと同じの注意を果たすのみで容易にこの目的を達成できる。その上寄託者は受寄者が用いている注意を知ったうえでこれを信用して寄託するのである。対して委任の場合、受任者は、第三者と契約あるいは取引をし、委任者のために利益となる結果を実現することを期待される。そのため寄託のように静的な事務ではなく動的な事務を行うのであり、受任者が自己の事柄に対して用いるような注意を用いるのであれば、委任の目的に背くこととなり委任事務を成就することができないことは明らかである。これが寄託と無償委任とで債務者の責任に差異を設けた理由である」とされる⁽²³⁾。寄託契約における責任制限（要求される義務基準の軽減）の理由については、無償で給付を行う受寄者側の事情のみならず、寄託者側の事情や高度の注意義務を要求することが契約締結の妨げとなるという危惧といったさまざまな観点から理由づけされていたようである。

（二）委任契約における受任者の責任

取得編 239 条には、委任契約（旧民法では「代理契約」とされていた）における受任者の責任に関する規定が置かれている⁽²⁴⁾。同条によれば、受任者は委任事務を成就させることについて善良なる管理者の注意義務を負うが、次の 4 つの場合においては義務の違反に存する過失を比較的寛大に評価するとされている。その場合とは、それぞれ①受任者が無償で委任を行う場合、②受任者が自ら申し出て委任を行ったのではない場合、③委任者が受任者の未熟練を知り、あるいはこれを知ることができたとき、④受任者が委任者に対して予想しない利益を得させたときとされている。このうち、「無償委任契約」の場合、「過失を比較的寛大に評価」という限りでは C.C.1992 条 2 項の構成に近い。

無償委任の場合における過失の寛大評価指示について、ボアソナードは、「受任者は無償で委任者に利益を与えるものといえども、委任事務に際しては善良なる管理者の注意義務

⁽²¹⁾ 井上操・前掲注(6)521-522 頁。

⁽²²⁾ 旧民法委任契約では、フランス民法典（C.C.1992 条 2 項）と同様に、無償委任の場合では有償委任の場合に比較して受任者の過失を寛大に評価すべきという規定が置かれている（取得編 239 条）。詳しくは後述する。

⁽²³⁾ 井上操・前掲注(6)713-714 頁。寄託契約は消極的に相手の財産を保管することを目的とするが、委任契約は積極的に相手の利益を達成することを目的とするという点によって、責任制限規定の態様が相違する理由とされる。

⁽²⁴⁾ 上述のように、旧民法では委任契約を代理契約と呼称していたようである。取得編 229 条 1 項には、「代理は当事者の一方がその名をもってその利益のためにあることを行うことを他の一方に委任する契約なり」と規定されている。井上操・前掲注(6)619 頁も参照。

を負」うが、それは受任者の負う義務・責任の内容が受寄者のそれと異なっているためであるとする⁽²⁵⁾。「それというのも、寄託は受寄者に多少の管理のためにその責任を課すに過ぎず、そして寄託者は受寄者が寄託物に対して必要な注意を用いているかどうかを容易に知ることができる。そしてまた一層の注意を受寄者に期待することは問題がある。その一方で、委任に際して他人の事務の実行について、受任者に善良なる管理者の注意義務を課すことは一般原則（財産編 334 条）であり、委任においてこの原則を修正する必要はないからである」という⁽²⁶⁾。しかし、例外とされる 4 つの場面については、受任者の過失が比較的寛大に評価されるべきとしている。その第一の場面が、無償委任の場合であるが、ボアソナードは、無償委任のためにこの措置が必要であるとするのみで、なぜ無償であれば受任者の過失の評価を緩やかにすべきであるのかは明言していない⁽²⁷⁾。

これについて学説では、受任者は委任者にとって最も利益となるように委任事務を果たす必要があるために注意深くある必要がある。そのため、その注意は自己の事務に用いる注意に相当する標準的な注意であったとしても足りず、さらに一步進めて善良なる管理者の注意義務を必要とし、これが一般原則であるとされている⁽²⁸⁾。また、無償委任の場合に受任者の過失が比較的寛大に評価されるべきとされている理由は次のように説明されている。すなわち、委任は報酬の有無にかかわらず、他人の事務を実行するという点で好意的労務であるが、報酬を受けない者は報酬を受ける者よりも好意が一層篤く、法律も両者を等しく扱うことはできないためとされている⁽²⁹⁾。この点、磯部博士は無償委任の場合には受任者に対して一方的に労務を要求しなければならないので、必ずしも受任者が十分ではない注意を用いた点についてこれを責めることは厳格に過ぎるからであるとされる⁽³⁰⁾。

⁽²⁵⁾ 星野編・前掲注(7)854 頁。

⁽²⁶⁾ 星野編・前掲注(7)854-855 頁。

⁽²⁷⁾ ただし、「報酬を受ける場合には無償の場合と比べて一層その注意を綿密にする必要がある」とは述べている。このことから、報酬を受ける場合には、債務者はより一層の注意を用いるべきであり、報酬を受けない場合には、相対的にそれ程高度の注意を用いる必要は無いと考えられていたということであろうか。ボアソナードが指摘する注意義務に関する一般原則である財産編 334 条は、債務者は引渡しまで善良なる管理者の注意義務をもって目的物を保管する義務を負うこと、無償譲渡の場合には自己の財産に対して用いる注意を果たせば足りること、そして自己の財産に対して用いる注意で足りる場合については、特に規定を必要とすると規定する。

⁽²⁸⁾ 岸本・前掲注(6)246 頁、磯部・前掲注(6)787 頁、井上操・前掲注(6)712-713 頁。

⁽²⁹⁾ 岸本・前掲注(6)247 頁。ただしこれをもって、委任者は善良なる管理者の注意義務から免れるということでは決してなく、単に比較的寛大にその注意義務違反が認定されるにすぎないとされる。井上操・前掲注(6)716 頁。なお、井上操博士は、無償委任の場合に過失が寛大に評価される理由について、「全く無償で委任が承諾される場合には、その委任は交誼に基づいていることが明らかであり、受任者に多少の過失があったとしてもそれを厳重に責に帰すことは交誼を破り人情の許さないところであるというべき」とされる。井上操・前掲注(6)716-717 頁。このことから、受任者は契約から対価を得ないとしても、契約の本質上高度の注意義務をもって委任事務を実行しなければならないが、万が一不（完全）履行という事態となったとしても、委任者側からその責任を厳格に追及すべきではないという感情、いわば道徳的評価が委任契約における責任制限規定の根拠として考えられていたと推測される。

⁽³⁰⁾ 磯部・前掲注(6)788-789 頁。

四 贈与契約における担保責任の制限

取得編 351 条には「贈与者は贈与物の妨碍および追奪を担保せず、ただし、贈与以降贈与者の行為より生じた妨碍および追奪についてはこの限りではない」と規定されている。ここで贈与者が妨碍（権利の瑕疵の一種とされる）および追奪に関して担保の責任を負わないとされる理由としては、一般に①無償行為の恩恵性と、②受贈者が贈与物の妨碍または追奪に遭遇しても彼に損害が生じたとはいえないことが挙げられている⁽³¹⁾。磯部博士によれば、贈与者が贈与物の妨碍および追奪を担保するとすれば、受贈者に対して妨害や追奪が発生するごとに賠償責任を負うことになり、これでは自己の負担において他人に恩恵を与えるという贈与は断たれてしまう。贈与は元来他人を救済するという意思から生ずるものであるので、贈与者に贈与物の妨碍および追奪を担保せよと要求する理由はないからであるとされる。そして売買や交換のごとく、相手方が代価を支払うような場合は妨碍や追奪により相手に損害が生じるので担保責任を課すのは当然であるが、贈与においてはそうではなく、受贈者は妨碍や追奪を受けても何ら損害を受けないので、追奪担保責任を課していないのであるとされる⁽³²⁾。また、同条ただし書の場合のほか、贈与者が他人の物と知りながら、あえてこれを贈与するような場合の責任について、井上操博士によれば、贈与者はこの様な場合に損害賠償責任を免れるものではないが、ここでは担保責任が生じるのではなく、故意をもって他人に損害を加えた者はこれを賠償するという原則が適用されるにすぎないとされる⁽³³⁾。ここでは、担保責任という責任の性質が、有償契約（とりわけ売買）にとって特徴的な対価の存在に関わる責任であるということから、対価の存在しない贈与などでは必要がないという評価も見られる。

取得編 351 条について、182 条のように目的物の瑕疵から相手方に損害が生じた場合の扱いについて特に規定は見受けられず、学説においても特に言及はみられない。同様の無償契約である贈与に関して 182 条（無利息消費貸借）や 204 条（使用貸借）の場合と異なる取り扱いがされるとは考えにくいので、贈与の場合においても、瑕疵のために受贈者に生じた損害に関しては、182 条に従って考えるべきことになろうか。

Ⅲ 現行民法立法過程における議論

旧民法における無償契約債務者の責任制限に関わる規定に関しては、以上のように理解されていたことがわかる。無償契約一般につき、債務者の責任や義務が制限されるべきとの評価づけが見受けられるものの、そこでは無償契約債務者の示す好意といった要素を基礎に、各無償契約の本質、さらには契約の片務性などによって責任が制限されるべきこととさ

⁽³¹⁾ 井上正一『民法〔明治 23 年〕正義 財産取得編 卷之参』（信山社、1995）205-206 頁、磯部四郎『民法〔明治 23 年〕釈義 財産取得編（下）（相続法之部）』（信山社、1997）208-210 頁、井上操『民法〔明治 23 年〕詳解 取得編之部 下巻』（信山社、2002）306-307 頁参照。

⁽³²⁾ 磯部・前掲注(31)208-210 頁。また、井上正一博士によれば、取得編 351 条において贈与者の担保責任が制限される理由は財産編 396 条において無償契約債務者が一般に追奪担保責任を免れるのと同じ理由によるとされる。井上正一・前掲注(31)205 頁。同旨として井上操・前掲注(31)316 頁。

⁽³³⁾ 井上操・前掲注(31)320 頁。

れたようであり、必ずしも有償・無償という対価の有無のみに着目した二項対立において、より無償契約債務者を保護すべきという価値判断があったわけではないことが窺える。以下では、現行民法の立法過程において、無償契約の債務者が負う義務や責任に関して、どのような議論がなされていたのかを整理したい。

一 贈与契約における贈与者の担保責任の制限規定について

まず、贈与契約における贈与者の担保責任を原則免除する規定について見ていきたい⁽³⁴⁾。民法草案 550 条（現行 551 条）の起草担当者である穂積陳重博士によれば、日本法における贈与者の責任制限規定に関し、諸外国の例のように贈与者の責任を一般に軽減すると規定はしないとされる。しかし担保責任に関しては「…ただ貰う場合においてはそれだけのものを貰うと思うべきことが当たり前」であるから、このような責任を制限するとされ、その根拠については、諸外国のように贈与を軽く見ているからではなく、贈与の性質上当然であるとする。この点については、さらに贈与が売買などといった有償契約よりも、「重い」場合があるために一般に贈与者の責任を制限するといった規定を設けないとされている⁽³⁵⁾。またこの理由から、諸外国法においては贈与者の責任を一般に故意や重大な過失がある場合に制限するという規定が見受けられるが、日本民法においてはそのような規定を設けないと明言されている。

議事においては、この規定によって制限される担保責任の対象となる損害の内容について議論が交わされている。そこでは、いわゆる贈与目的物に瑕疵がある場合に、その瑕疵のために受贈者の身体や健康などいわゆる完全性利益に対しても拡大的に損害が生じたような場合が主に問題とされている。議事に現れている完全性利益侵害の例としては、①錆びた鉄砲をもらった者が不注意で暴発させてしまい負傷した場合、②贈与した犬にかみつ়癖があり、受贈者にけがを負わせた場合、③伝染病に罹患した患者が着ていた着物を贈与したために、受贈者が伝染病に罹患した場合である⁽³⁶⁾。これらの場合に関して、起草者（とくに梅博士）は、贈与者が善意である限り、551 条 1 項の規定に従い責任が制限されると述べている⁽³⁷⁾。また、権利の不存在の場合の例として、④贈与者が、実はすでに他人に贈与してし

⁽³⁴⁾ 法典調査会編『民法議事速記録 9』（法務図書館，1981）297 頁以下、梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権編（復刻版）』（有斐閣，1987）466-468 頁。さらに、551 条の立法過程を整理する先行研究として、鈴木恵「贈与契約における物の瑕疵をめぐる責任」好美清光先生古希記念論文集刊行委員会編『現代契約法の展開』（経済法令研究会，2000）247 頁以下、来栖三郎「日本の贈与法」安達三季生ほか編『来栖三郎著作集Ⅱ 契約法』（信山社，2004）111 頁以下も参照。

⁽³⁵⁾ 法典調査会・前掲注(34)298 頁。穂積博士は、贈与は「親切、友誼、その他の情愛から生ずるものであり、または社会上の義務、公の義務、徳義上、交際上の義務からも贈与を行う場合がある。または他人に恩があってそれに報いるために贈与を行う」こともある。「…対価があれば保護を厚くし、そうでない場合には保護が薄い」というような主義は採用しない。ある場合では贈与であっても売買などより重い場合もあり得るとわれわれは考える。それゆえ、例えば贈与者の責任について、贈与者に重大な過失がなければ責任を負わないという規定や、…贈与者というものは元来自ら出捐をなすために贈与者の責任を軽減するという趣旨の規定が諸外国に見受けられるが、そうした主義をわれわれは採用しない」と述べる。

⁽³⁶⁾ なお、民法 551 条に関する起草過程の議論については、鈴木恵・前掲注(34)247 頁以下の整理検討も参照。

⁽³⁷⁾ 法典調査会・前掲注(34)303-304 頁。これについて、梅博士は以下のように述べる。すなわち、「…相

まった不動産や動産を知らぬ顔で与えるといい証書などを作った場合、⑤贈与者が不動産を与えるといい、受贈者がそれを受け取ったところ、実際には地上権が存在し、数十年後でなければ完全な利用ができない場合があげられている⁽³⁸⁾。この場合には、梅博士によれば、実際の価格と同様の値段を支払わせてもよいと考えていると述べる。

以上のように、現行 551 条 1 項による担保責任の制限に関して、民法起草者の理解としては、①制限の根拠は贈与の性質によること、②贈与者が瑕疵等について善意である限り、拡大損害ないし完全性利益侵害のための損害も含め瑕疵に基づいて生じる損害すべてが担保責任制限＝賠償責任制限の対象となること、③反対に贈与者が悪意であれば、ただし書により賠償責任が生じるが、とくに権利の不存在が問題となる場合、賠償範囲はその権利が完全であった場合の価格＝全価額の賠償となるというものであった⁽³⁹⁾。

二 委任契約における受任者の注意義務について

現行 644 条に相当する条文案である草案 650 条では、受任者は委任の本旨に従い「忠実に」その委任を実行する義務を負うとされている。この規定につき、起草担当者である富井政章博士は、報酬の有無は委任の要素ではないとしたうえで、「本条に規定する履行の義務は委任契約から直接に生ずる委任契約の本然の義務」とされる⁽⁴⁰⁾。また、旧民法においては無償委任の場合に受任者の過失をより寛大に評価するという規定が置かれていたことに対し、現行民法ではこのような区別は「煩わしい区別」であり、無償であるといえども、受任者であるからには一旦引受けた以上は忠実にその義務を処理しなければならないので、そのような区別は設けないとされている⁽⁴¹⁾。

手方に損害を加えようという意思をもってなすのであれば明文がなければ損害賠償責任が生ずる。しかし『権利又ハ物ノ瑕疵ニ付キ其責ニ任セス』とあるならばそのような場合でも責任がないという解釈が生ずるものと思われる。あるいは文言からはその方が当然であろう。とくにそのような場合ではなく、善意であった場合…この場合もやはり不正の損害であるということで責任が生ずるという解釈がどうしてできようか。そのような解釈は無理な解釈と考えられる。…われわれの考えでは瑕疵を知りながら告げない場合に責任が生じなければ問題があるが、自分も知らずに贈与したものについて責任があるということになったならば大変なことであると考える。…すなわち損害を生じさせることを知って贈与したならば、そのような場合には贈与者に責任を負わせてよいと考える。目的物から他人に損害が生じた場合は勿論、そのほかの場合でもただし書によって損害賠償責任を負わせてよい」という。また、伝染病のために死亡した者が着ていた着物を、善意の者が他人に贈与したという場合、受贈者が伝染病に罹って死亡したならば、贈与者がその責任を負うということは大変に困るという。

⁽³⁸⁾ 法典調査会・前掲注(34)304 頁。自分が一度他人に譲渡した不動産を、証書などを作ってまた他人に贈与する場合、受贈者は直接損害を被っていないくとも完全な所有権と同じような額を払わせてもよいとする。

⁽³⁹⁾ 無利息消費貸借および使用貸借における担保責任制限規定（現行民法 590 条 2 項、596 条）に関して、もちろん立法資料において議論の対象となっている。しかしその内容を見るに、責任制限の根拠や制限の範囲、射程などといった本稿の問題関心にとって直接関わらないものが多い。そのためここでは省略する。なお、議論の詳細については、法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 4 法典調査会民法議事速記録四』（商事法務研究会、1984）250 頁以下、263 頁以下、284-285 頁、282-283 頁をそれぞれ参照されたい。消費貸借貸主の担保責任に関する立法者の意思を考察するものとして、下森定「瑕疵担保責任に関する一つの覚書—いわゆる「特定物ドグマ」と民法起草者の見解—」森泉章編『続現代民法学の基本問題』（第一法規、1993）195 頁、206 頁以下参照。

⁽⁴⁰⁾ 法制調査部・前掲注(39)602-603 頁。

⁽⁴¹⁾ 法制調査部・前掲注(39)603-604 頁。旧民法における受任者の義務については、II—三一（二）参

草案中の「忠実に」という文言について、実際の裁判において無償受任者の義務違反や責任が問題となる場合、裁判官が旧民法のように委任が無償であるなどといった事情を考慮してよいか、あるいは「忠実に」という文言に従いそういった事情を考慮してはならないのかという重岡薫五郎委員から出された質問に対して、富井博士は以下のように回答する。すなわち「忠実に」という言葉は漠然としたものであり、裁判官の評価に委ねられる部分もある。しかし、報酬の有無などによって具体的な評価の差異はありうるが、表面的に報酬があるからこうで無いからこうであるということは定められないとされる⁽⁴²⁾。そして、他国の法律では委任以外でも自己の財産を管理するために用いる注意と同一の注意を用いればよいという規定があるが、そのような基準はここでは採用ないということが重要だとされる⁽⁴³⁾。

なお、起草委員である梅博士によれば、受任者が事務処理に用いるべき注意義務は、644条においていかなる場合にも善良なる管理者の注意を負うべきことを規定したが、これは現行民法においては特別な例外を除いて債務者は債務の目的について善良なる管理者の注意を果たすことを原則とするからであるとされる⁽⁴⁴⁾。

三 無償寄託における受寄者の注意義務について

富井博士は寄託契約全般に関わる説明の中で、第一に、草案においては寄託は有償でもよいこととなっているため、報酬の有無によって受寄者の用いるべき注意に軽重の差を設けることが至当であるとされる⁽⁴⁵⁾。そして現行民法 659 条に相当する草案 666 条には、無報酬で寄託を引受けた者は、受寄物の保管について自己の財産を管理するのと同一の注意を用いる責任を負うと規定される。ここでは、これまで贈与契約や無償委任契約において、当該契約が無償契約であるからといって債務者の義務や責任を直ちには制限せず、それどころか原則（善管注意義務）を忠実に維持しようとの一貫した方向性とは趣を異にしている。この転回にはどのような理由があるのだろうか。

寄託が無償で行われる場合、委任契約とは異なって、有償受寄者と対比して無償受寄者の負うべき義務を明確に区別（軽減）すべきとの価値判断について、富井博士は以下のように説明される。この条文案はまず、善良なる管理者の注意を用いた特定物引渡しまでの保管義務を定める条文案の例外であるとされる。そして民法では債務者であるからには一般に常に善良なる管理者の注意義務を用いるべきで、これにつき例外はないが、寄託の場合においてはそれでは受寄者の責任が重すぎるることとなる。少なくとも寄託が無償である場合には

照。

⁽⁴²⁾ 法制調査部・前掲注(39)604-605 頁。

⁽⁴³⁾ 法制調査部・前掲注(39)605 頁。なお、民法修正案理由書では以下のような解説が加えられている。すなわち、受任者が委任を受諾した以上は忠実にその義務を履行すべきことが契約の本旨であり、報酬がないといった理由で本然の義務履行に軽重を設けることは不当であるという。広中俊雄編『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣，1987）619 頁。

⁽⁴⁴⁾ 梅・前掲注(34)720 頁。

⁽⁴⁵⁾ 法制調査部・前掲注(39)720 頁。

報酬なしに他人の物を預かるということとなり、それだけ寄託者が受寄者を信頼していることと考えられる。そのため、受寄者が平生では自分の財産を管理するためにどれだけの注意を用いているのかを寄託者が知ったうえで寄託しているので、このときそれ以上の注意を受寄者に求めることは酷でありかつ寄託者の望みをも超えるものであるとされる⁽⁴⁶⁾。そのため、受寄者は、報酬のある場合には通常原則に従い善良なる管理者の注意義務を用いなければならない、報酬のない場合には善良なる管理者の注意を要求することは酷に過ぎ、かつ寄託者の意思を超えて受寄者を酷待することとなってしまうとする⁽⁴⁷⁾。

なお、帝国議会における法典質疑問答において、無償受寄者の注意義務を軽減する規定につき、贈与の場合には原則を維持して善良なる管理者の注意義務が求められるのに対し、無償寄託の場合には自己の財産に対するのと同じの注意で足りるとしたのはなぜかという質問が出されている。これに対して、仁井田益太郎博士は以下のように回答される⁽⁴⁸⁾。すなわち、新民法においては契約の有償無償によって特定物引渡義務を負う債務者の注意義務に差異を設ける主義を採用しないが、同じ無償でありながら贈与と無償寄託とで差異を設ける理由は、寄託の性質によるものとされる。寄託者が寄託を行う場合、受寄者が自己の財産を管理するに当たり、どのような注意を用いているのかを理解したうえで、自己の物を寄託してもよいと考えて寄託をする。そのため、寄託が無償で行われる場合には受寄者が自己の財産を管理するために用いている注意で満足しなければならないこととなるとされる。そうでない場合には、特約でもって受寄者の注意義務を定める必要があるといわれる。これが新民法において無償受寄者の注意義務を自己の財産に対するのと同じの注意義務で足りるとした理由であり、寄託が無償であるが故ではなく、受寄者に寄託者の期待を超える注意を用意させる必要がないためであるとされる。ここでは、「寄託者が無償で受寄者に物を寄託する際には、寄託者は受寄者が普段自己の財産についてどのような注意を用いているのかを理解した上で寄託を行う」ため、無償寄託の場合には善管注意義務という基準ではなく、受寄者が自己の財産に対して用いるような注意で足りるとされ、この理由から 659 条が規定されたことがわかる。

IV 現行民法における無償契約債務者の責任制限法理

以上のように、現行民法において諸外国と比べて無償契約債務者の責任制限規定が比較的少ない理由としては、①無償契約といえども、義務履行を約束した債務者である以上は善良なる管理者の注意義務を負うべきこと、②贈与に関しては、売買などの有償契約よりも「重い」場合があることが挙げられていた。他方で贈与者などが目的物の瑕疵に対して負うべき責任や、無償受寄者が寄託物保管に用いるべき注意については、贈与契約の性質や、寄

⁽⁴⁶⁾ 法制調査部・前掲注(39)760 頁。

⁽⁴⁷⁾ 法制調査部・前掲注(39)761 頁。その後の議事では、無償性を寄託の要素としてはどうかという問題や、用語法が問題にされており、受寄者の責任制限に関わってくるような議論は展開されていない。

⁽⁴⁸⁾ 梅謙次郎ほか『法典質疑問答 第3編 民法債権 全』(信山社, 1994) 246-248 頁。また、民法修正案理由書でも同旨の説明が加えられている。広中編・前掲注(43)629-630 頁。

託者—受寄者間の注意義務軽減意思を理由に責任や義務を制限する規定を設けたことが明らかとなった。

このようにして規定されるに至った現行民法における無償契約債務者の責任を制限する規定について、現在の学説においてはどのような理解がなされているのであろうか。以下これについて整理検討する。なお、無償契約における債務者の責任について問題となった裁判例は見当たらないようであるが、無償行為に基づいて相手方に損害が生じ、そのために主として不法行為責任が追及されたという事例はいくつか見受けられる。これらの事例では、無償行為者の契約責任ではなく不法行為責任が問題となっているが、行為者側に多少とも存する好意という要素や無償行為を法的評価の対象とするという点では示唆となるとと思われる。そのため、無償契約債務者の責任制限という問題を考えるに当たっては、このような無償行為者の不法行為責任について問題となった裁判例を整理検討することも有益と思われる。

一 贈与者が負う注意義務の基準について

551 条 1 項により、贈与者は給付した目的物に権利の不存在や物の瑕疵があった場合でも、それに対して責任を負わず、ただし贈与者が瑕疵等を知りながらこれを受贈者に告げなかった場合には責任を負うこととされる。一方で、遅滞や不能といった目的物の瑕疵以外の不履行があった場合、立法者は贈与者に重大な過失などがなければ責任を負わせないというような諸外国のとり規定は、民法では採用しないと明確に述べ、現に贈与契約の規定において、遅滞や不能など債務不履行責任一般について贈与者の責任を制限する趣旨の規定はない。

他方で現在の学説では、贈与契約において贈与者は目的物の瑕疵に対する責任についてはこれを免れるが、遅滞や不能といった債務不履行責任、目的物の引渡しに際して負う注意義務についてはその制限を受けない（400 条や 415 条が適用される）という構成が均衡を失うように感じられてか、契約の無償性を理由に贈与者はその責任や注意義務一般について有償契約債務者と対比して制限を受けるべきことを志向する見解も見受けられる。たとえば 551 条 1 項が担保責任の制限を定めていることや、無償受寄者の注意義務を軽減している 659 条の趣旨から、贈与においても契約の無償性を理由として注意義務が一般に制限されるべきであり、場合によっては BGB と同様に贈与者が責任を負うべき基準を一般の帰責事由（415 条）に比較して制限してもよいとする見解もある。これをさらに進め、たとえば過失が問題となる場合には、単なる過失があるだけでは足りず、重大な過失があることを要求するとする見解もある⁽⁴⁹⁾。

⁽⁴⁹⁾ もちろん、原則に従って贈与者も 400 条の善良なる管理者の注意義務を負い、不履行に際しては 415 条に従って帰責が判断されるとする見解が多数である。たとえば来栖三郎『契約法』（有斐閣、1974）236 頁、乾昭三編『債権各論』（青林書院、1994）71 頁（中井美雄執筆）など。

(一) 贈与者も自己の財産に対するのと同じの注意義務(659条)を負うとする見解

石田穰助教授は、贈与者の負う注意義務の内容につき、通説は善管注意義務を負うとするが、659条が無償受寄者の注意義務を自己の財産に対するのと同じの注意義務、すなわち具体的軽過失に軽減しているのであるから、この規定の趣旨は贈与者に対しても適用されるべきとされる⁽⁵⁰⁾。

(二) 贈与者は故意または重大な過失がない限り責任を負わないとする見解

たとえば於保不二雄博士は、「無償で自己の財産を譲与する贈与者の責任が、同じく無償であつても他人の物を保管する無償受寄者の責任より重いということは、全く不可解である、というほかない」とされる⁽⁵¹⁾。そして贈与者の責任一般についてまで責任制限を規定することはしないという立法理由については、立法者によるその当時の責任に関する独特の見解であると評価される。そしてこれについて、注意義務について有償と無償とで区別を設けず、無償受寄者の注意義務制限についても無償性ではなく当事者の意思を推測したためとしながら、贈与については当事者の意思を推測して担保責任を免除しておきながら善管注意義務を負わせているところに問題があると指摘される。そのことから、今日ではわが国でも諸外国の立法が斟酌されるべきであるとされる。

また、広中俊雄教授も、於保博士の見解に賛同され、BGB521条やスイス債務法248条1項が贈与者に故意または重大な過失の責任を負わせるにとどまっていることは至当と評価される⁽⁵²⁾。さらに、民法典が寄託の場合について659条の規定を設けながら贈与の場合について特別の規定を設けなかったのは「手落ち」であつたように思われると評される。そして、551条1項を類推適用することで贈与者は前掲立法例と同様に故意または重大な過失のためにのみ責任を負うべきと解すべきとされる⁽⁵³⁾。そして、贈与者が善管注意義務を負うのはその旨の明示・黙示の特約があつた場合に限られることになる⁽⁵⁴⁾とされる。

辻伸行教授は、贈与や使用貸借における履行遅滞・不能による給付利益侵害に対する贈与者・使用貸借貸主の責任について以下のように述べる。BGB521条やBGB599条のような規定を欠くわが民法では、贈与者なども400条に従って義務および責任を負うが、全くの好意から物を贈与する贈与者に売主と同程度の注意義務を負わせることや、填補賠償を指せることは問題がある⁽⁵⁴⁾。したがって、明文の規定はないが少なくとも好意から物を贈与

⁽⁵⁰⁾ 石田穰『民法V 契約法』(青林書院, 1982) 109頁。なお、石田穰『損害賠償法の再構成』(東京大学出版, 1977) 125頁以下では、400条と659条との立法趣旨を整理され、立法者は400条が適用される贈与者などに対して659条の類推適用を排除することを意図していたかは明確でなく、そのため贈与者や無利息消費貸借貸主、使用貸借貸主に対しても659条が類推適用されてよいとする。

⁽⁵¹⁾ 於保不二雄「無償契約の特質」契約法大系刊行委員会編『契約法大系I 契約総論』(有斐閣, 1962) 84頁。なお於保博士は、この評価が許されるならば、故意および重大な過失のために贈与者が責任を負うということの根拠を551条1項ただし書の類推適用に求めることもできないではないとされる。

⁽⁵²⁾ 広中俊雄「有償契約と無償契約との差異は債務者の注意義務についても存在するか」同『契約法の理論と解釈』(創文社, 1992) 286-287頁(初出: 幾代通=鈴木禄弥=広中俊雄『民法の基礎知識(1)』(有斐閣, 1964) 127-128頁)。

⁽⁵³⁾ 広中・前掲注(52)287頁。

⁽⁵⁴⁾ 辻伸行「ドイツにおける無償行為者の損害賠償責任とその責任軽減—贈与者・使用貸主・無償受寄者

し、無償で貸し与える者については、BGB521 条および 599 条と同様の責任制限を信義則上認めるべきとされる⁽⁵⁵⁾。

加藤雅信教授は、659 条による善管注意義務の軽減を無償契約一般に適用されるべきものとされる⁽⁵⁶⁾。この点で、659 条による注意義務軽減を無償契約における一般法理としての責任制限と位置づけられていることとなり、特徴的である。そしてさらに、551 条 1 項や 596 条が目的物の瑕疵や権利の不存在について悪意の場合にのみ責任を負わせていること、無償契約債務者の責任制限に関する外国法の規定（BGB521 条など）を指摘され、無償契約において契約不履行が問題となる場合、債務者に故意および重大な過失がある場合にのみ責任が生ずるとされる⁽⁵⁷⁾。

二 贈与者の担保責任の制限規定について

贈与者の担保責任の制限に関して学説を整理すると、現在の学説においては、起草者の見解（とくに 551 条 1 項による免責および帰責の範囲について）を踏襲するものはむしろ少数であるといえる。圧倒的多数の学説は、551 条 1 項による瑕疵のための責任を制限する規定を、有償契約における売主担保責任の制限であると解し、制限の要件や範囲についても、とくに 570 条にいう瑕疵担保責任の性質に準じて理解されている。一方で通説とは異なって立法者意思を根拠とする学説や、そもそも 551 条 1 項を、債務不履行責任（不完全履行責任）を制限する趣旨の規定として理解する説もある。以下、各学説を簡単に整理する⁽⁵⁸⁾。

（一）担保責任制限説

現在の学説では、551 条の定める責任をいわゆる「担保責任」と理解する見解が圧倒的多数を占める。しかし、それら見解においても、その内容を有償契約における売主の担保責任の性質に準じて理解するか否かといったいくつかの点について見解に相違が見られる。

1 信頼利益賠償制限説

我妻栄博士に代表される多くの見解は、551 条の責任を有償契約における担保責任の性質、とくに 570 条にいう売主瑕疵担保責任の性質に準じて理解される⁽⁵⁹⁾。そのためこの見

の積極的債権侵害に基づく責任および不法行為責任を中心として」獨協大学法学会編『獨協大学法学部創設 25 周年記念論文集』（第一法規出版、1992）186 頁。

⁽⁵⁵⁾ 辻・前掲注(54)187 頁。

⁽⁵⁶⁾ 加藤雅信『契約法』（有斐閣、2007）25 頁。

⁽⁵⁷⁾ 加藤・前掲注(56)26 頁、177-180 頁。さらに、事案の特性から無償契約の債務者が軽過失のためにも責任を負うべきとされる場合でも、その過失は具体的過失を基準として評価されるべきとされる。

⁽⁵⁸⁾ なお、消費貸借（590 条 2 項）や使用貸借（596 条）も同様に貸主の担保責任を制限する趣旨の規定となっているが、ほとんどの学説では無償性を理由として担保責任が免除されているとするほか、目立った議論は見られない。そのため本章では、贈与契約における法理が無利息消費貸借や使用貸借についても当てはまると考えられるため、贈与契約を中心に扱うこととする。

⁽⁵⁹⁾ 我妻栄『債権各論 中巻一』（岩波書店、1957）232 頁。また、同様の見解に立つものとして、末弘厳太郎『債権各論』（有斐閣、1919）314-320 頁、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論 上巻』（岩波書店、1924）263-265 頁、末川博『債権各論第一部』（岩波書店、1939）18-19 頁、内田貴『民法Ⅱ 債権各論

解においては、551 条において制限される責任を法定無過失責任たる担保責任であるとし、制限規定の適用場面を目的物が特定物である場合に限定し、制限の対象となる損害をいわゆる信頼利益に対する損害であるとする。そして、551 条 1 項ただし書によって損害賠償が問題となる場合であっても、この賠償の内容は贈与目的物が完全なものである場合に受贈者が得られたであろう利益の賠償に及ぶものではないとし、それが規定の趣旨に適するとされる。

このように、551 条 1 項にいう担保責任を 570 条にいう法定無過失責任たる担保責任と平行に考えてその法的性質や損害賠償責任の範囲を考える見解が通説ではあるものの、その内容には論者によって若干の際も見られる。

（１）制限の根拠について

まず、551 条 1 項によって担保責任が制限されている根拠を何に求めるかについて差異が見受けられる。一般に、贈与契約が無償であるためとして契約の無償性に求める点では共通しているようであるが、この「無償」という要素について、無償契約を締結した当事者の「意思」＝（担保）責任追及意思の不存在という側面を重視するか、あるいは「対価の不存在」＝有償契約における担保責任の機能である対価的均衡維持の必要がないことを重視するかという見解の相違が見られる⁽⁶⁰⁾。

（い）当事者の意思を根拠とする見解

我妻博士は、551 条 1 項による担保責任の制限について、「特定のものを贈与する場合には、そのものの現状のままで与える意思である一物質的な瑕疵（例えば与えた時計がこわれているとき）や権利の欠缺（例えば与えた不動産に地上権がついているとき）があつても、それを完全なものにして（修繕したり地上権を消滅させて）与えるというまでの意思がない

（第 3 版）』（東京大学出版会、2011〔初出 1997〕）168 頁など。ただし、すべての見解が 551 条 1 項の規定する責任を有償契約における担保責任の性質に準じて評価しているわけではないようである。たとえば、北川教善太郎博士や星野英一博士らは、570 条にいう瑕疵担保責任を債務不履行責任と評価される代表的論者であるが、551 条については、担保責任の性質に関する言及はなされず、単に 570 条にいう担保責任が制限されているとするにとどめておられる。星野英一『民法概論Ⅳ（契約）』（合本新訂版、良書普及会、1986）105-106 頁、北川善太郎『債権各論（民法講要Ⅳ）〔第 3 版〕』（有斐閣、2003〔初出 1993〕）38-39 頁参照。

⁽⁶⁰⁾ なお、これら 2 つの点の双方をともに責任制限の理由として挙げられる見解もある。たとえば中川善之助編『債権各論』（青林書院、1957）81 頁、篠塚昭次＝前田達明編『講義 債権各論』（青林書院新社、1981）83 頁（三田地宣子執筆）、柳澤秀吉＝堀田泰司編『債権法各論』（嵯峨野書院、1998）57 頁（宮本健蔵執筆）、奥田昌道＝池田真朗編『法学講義民法 5 契約』（悠々社、2008）122 頁（良永和隆執筆）。なお、岡本詔治教授は 551 条 1 項などによる無償契約債務者の担保責任の制限について、「このような免責は当事者の通常の意味にそうものと考えられたからであるが、いうまでもなく、その行為の無償性（好意給付性）が前提とされている」としながらも、そもそも有償契約における担保責任は、一方の給付に欠陥がある場合、「その給付の均衡をはかるために認められる法的保護」であるから、無償給付の場合には特約のない限り担保責任が課せられることはないといわれる。同「無償契約という観念を今日論ずることには、どういう意義があるか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第五巻 契約の一般的課題』（日本評論社、1990）50 頁。森泉章『契約法各論』（日本評論社、1996）16-17 頁もこれと同旨。

一のを普通とする」からであるとされる⁽⁶¹⁾。

川井健教授も、目的物の瑕疵や権利の不存在について贈与者が担保責任を負わない理由を、受贈者は無償で物を譲り受けたのであるからその物に瑕疵があったからといって贈与者の責任を追及できないとするのが通常の当事者の意思に合致するとされる⁽⁶²⁾。

（ii）対価の不存在のため、対価的均衡維持が不要であることを根拠とする見解

対して於保博士は、551条1項による担保責任の制限は、当事者意思の推定ではなく契約の無償性＝対価の不存在にその根拠あるとされる⁽⁶³⁾。有償契約にあっては対価との均衡のために対価相当の価値を供与するための担保責任が問題となるが、無償契約においては均衡をはかるべき対価がないか、あるとしても価額として評価しえないものであるために、特約のない限りは担保責任が問題となる余地はないとされる⁽⁶⁴⁾。

吾妻光俊博士も、551条1項によって担保責任が制限される理由を、売買では目的物の引渡しと代金支払いとが対価関係に立つので当事者の衡平を期する必要があるが、贈与では贈与者が一方的に債務を負担するためにこの意味での衡平を図る必要がないためとされる⁽⁶⁵⁾。

（2）不特定物贈与の場合における551条1項適用の有無について

551条1項にいう担保責任を570条にいう法定無過失責任たる担保責任であるにとらえた場合、551条1項による担保責任の免除が贈与の目的物が種類物である場合にも適用されるのか否かが問題となる⁽⁶⁶⁾。そしてこれについては見解が分かれているようである。

（i）551条1項は特定物の瑕疵にのみ適用があるとする見解

特定物に対してのみ適用があるとする見解について、たとえば我妻博士は、不特定物や一定の金額を贈与の目的とする場合には、贈与者に完全なものを給付する義務があることはいうまでもないとされる。そして不特定物に瑕疵がある場合には贈与契約の本旨不履行であり、代物給付義務があるとされる⁽⁶⁷⁾。

鈴木禄弥博士は、特定物の贈与者は原則として物の瑕疵または権利の不存在に対して責任を負わないが、不特定物が目的である場合には、贈与者の意思が原則として完全な物を贈与

⁽⁶¹⁾ 我妻・前掲注(59)232頁。同旨として鳩山・前掲注(59)263頁、乾編代・前掲注(49)72頁（中井美雄執筆）、田山輝明『契約法』（成文堂、2006）130頁。

⁽⁶²⁾ 川井健『民法概論4 債権各論〔補訂版〕』（有斐閣、2010〔初出2006〕）117頁。

⁽⁶³⁾ 於保・前掲注(51)85-86頁。

⁽⁶⁴⁾ 於保・前掲注(51)86頁。

⁽⁶⁵⁾ 吾妻光俊『新版債権法』（弘文堂、1964）156頁。高島平蔵博士も、「受贈者が対価的給付なしに利益をうけることとのバランスを考慮すると、法規制としては、このような責任を免除してよい」と評価される。高島平蔵『債権各論』（成文堂、1988）100頁。

⁽⁶⁶⁾ 周知のごとく、570条の適用範囲についてこれを法定無過失責任としながらも、種類物に瑕疵がある場合にも570条を適用すべきという見解もある。

⁽⁶⁷⁾ 我妻・前掲注(59)232頁。鳩山・前掲注(59)264頁、広中俊雄『債権各論講義〔第6版〕』（有斐閣、1994）36頁も同旨。

する趣旨であったならば、完全な物の給付義務があるとされる⁽⁶⁸⁾。

(ii) 551 条 1 項は不特定物の瑕疵についても適用があるとする見解

一方、たとえば内田貴教授は、従来の通説は法的責任説の立場からこの規定の適用も特定物に限定されるとしているが、たとえば御中元のサラダオイルに瑕疵がある場合、贈与者は自らに帰責事由のないことを証明しない限り債務不履行責任を負うとすることは不当であるため、不特定物が目的である場合にも適用があると解すべきとされる⁽⁶⁹⁾。

(3) 551 条 1 項の適用対象となる損害について

551 条 1 項本文によって原則として免除され、ただし書において、瑕疵を「知りながら告げない」という要件によって帰責される責任の内容については、551 条 1 項の責任を 570 条の担保責任と捉える見解にあっては一般に、いわゆる法定無過失責任たる担保責任の内容としての信頼利益に対する損害の賠償責任であるということと一致している。すなわち、受贈者が目的物に瑕疵があったことで転売利益を逸失したというような履行利益に対する損害については、贈与者が瑕疵について悪意であっても担保責任制限説では賠償の対象とならないという点では一致している。しかし、特に物の瑕疵の場合について、この信頼利益賠償にいわゆる拡大損害や瑕疵結果損害といった、受贈者の身体やその他財産という完全性利益に対する損害の賠償をも含むか否かで意見が分かれている。

(i) 信頼利益に完全性利益を含める見解

この見解は、551 条 1 項ただし書による損害賠償の内容に、目的物の瑕疵から拡大的に生じた損害も含めようとする⁽⁷⁰⁾。

末川博博士は、551 条 1 項による責任について、贈与者が悪意である場合には受贈者が保護されて瑕疵や欠缺がないものと信じたために被った損害の賠償を請求しうるが、完全なものを取得していれば享受していたであろう利益の喪失には損害賠償は及ばないとされる⁽⁷¹⁾。この限りでは、いわゆる履行利益については贈与者悪意の場合にも賠償の対象とならないこととなる。しかし前者の損害について、末川博士は病気にかかっている馬をもらった者が、その馬を健康と信じて他の馬と一所にしたところ病気が感染したという例を挙げられる⁽⁷²⁾。

⁽⁶⁸⁾ 鈴木禄弥『債権法講義 四訂版』（創文社，2001〔初出 1980〕）333-334 頁。瑕疵なき物を給付するという意思の存在を必要とする点では、不特定物が目的である場合にも、そのような意思がなければ担保責任を原則として免れるとされるようである。

⁽⁶⁹⁾ 内田・前掲注(59)168 頁。

⁽⁷⁰⁾ ただし、完全性利益侵害による損害に対する 551 条 1 項の適用可能性につき、免責・帰責ともにこれを認めるのか、どちらか一方についてのみ認めるのか明らかな見解もある。

⁽⁷¹⁾ 末川・前掲注(59)19 頁。同旨として、松波仁一郎＝仁保亀松＝仁井田益太郎『帝国民法〔明治 29 年〕正解 第六卷 債権〔復刻版〕』（信山社，1997）934-935 頁。

⁽⁷²⁾ 同旨として大谷美隆『債権各論講義』（明治堂書店，1924）46 頁注 2。大谷博士は、家屋が破損していることを知りながら贈与したために、受贈者がそれを知らずにその家に住み地震のために損害を受けた

鈴木恵准教授は、551 条 1 項の立法過程と BGB524 条の立法過程とを整理検討されたうえで、551 条 1 項による贈与者の担保責任制限について、以下のように解釈される。

まず、「自己の物」を贈与する場合は、贈与契約の無償性が直接に責任制限を正当化するとされる⁽⁷³⁾。そしてそのような立場から免責内容を考えるに、贈与者は目的物の瑕疵そのものについては当然免責されるべきであり、それは対価がない以上、受贈者の瑕疵なき物に対する期待を保護する必要がないためとする⁽⁷⁴⁾。一方で瑕疵惹起損害については、対価の不存在のみを理由としてその責任を排除することはできないとされる。

また、自己の有しない物を贈与する場合についても、「自己の取得した特定物をそのまま譲渡する」という約束があるために、自己の物を贈与する場合と同様に考えてよいとされる⁽⁷⁵⁾。ただし種類物を取得して贈与する場合は別であるとされ、この場合には 551 条 1 項の適用はないとされる⁽⁷⁶⁾。

なお、551 条 1 項ただし書が適用される場合については、このとき 551 条 1 項本文によって無償性＝非対価性を理由として制限された責任がそのまま課されるのではないとされる。すなわち、「知りて告げないことは、無償性を覆すのではなく独自の責任根拠として把握されてもよいのではないだろうか」とされ、損害賠償の内容を売主担保責任と同一に考える必要は無いとされる⁽⁷⁷⁾。そして責任の内容である損害賠償の範囲について、履行利益にまで及ぶかどうかは注意すべきとするにとどめられるが、信頼利益として瑕疵惹起損害の賠償を包含することは問題ないとされる⁽⁷⁸⁾。

（ii）完全性利益に対する損害は 551 条 1 項の適用対象でないとする見解

それに対して、拡大損害や瑕疵結果損害は 551 条 1 項の問題ではないとする見解もある。岡孝教授は、551 条 1 項の立法過程における議論を概観したのち、物の瑕疵により生ずる損害の内容を区別する必要があるとされる⁽⁷⁹⁾。そして、贈与物が故障していたために受贈者が予期せぬ修理費用を出さざるをえなくなったような場合は、贈与の無償性から、この損害に対する贈与者の責任を悪意の場合に限定することは合理性があると評価される⁽⁸⁰⁾。それに対して、瑕疵から拡大損害が生ずる場合には不法行為責任による受贈者の救済が必要で

場合を例として挙げられる。

⁽⁷³⁾ 鈴木恵・前掲注(34)256-257 頁。

⁽⁷⁴⁾ 鈴木恵・前掲注(34)257 頁。

⁽⁷⁵⁾ 鈴木恵・前掲注(34)258 頁。

⁽⁷⁶⁾ BGB523 条や BGB524 条の規定に沿って解釈される。これら規定については、第 3 章参照。ただし、鈴木恵准教授は、履行請求権や代物請求権をこのときに無条件に認めるかについては無償性に鑑みて一考の余地があるとされる（なお、BGB では他人の財産から取得して行う種類物贈与の場合、代物給付義務を原則的な法律効果として規定する）。

⁽⁷⁷⁾ 鈴木恵・前掲注(34)259 頁。

⁽⁷⁸⁾ 鈴木恵・前掲注(34)259-260 頁。ただし、鈴木准教授は「信頼利益としての瑕疵惹起損害」をもってどのような場面を想定されているのかを明らかにされていない。

⁽⁷⁹⁾ 岡孝『無償契約の特殊性』法学セミナー408号（1988）86 頁。

⁽⁸⁰⁾ 岡・前掲注(79)86-87 頁。

あり、贈与者が善意であつても有過失であれば責任を負うべきであるとされる⁽⁸¹⁾。

内田教授も、551条1項ただし書の責任は信託利益の賠償に限定されるが、贈与者が意図的に毒入り饅頭を歳暮として送ったような場合（したがって目的物の瑕疵のために完全性利益が侵害される場合）には不法行為責任が成立し、担保責任（契約責任）が問題とされるべきではないとされる⁽⁸²⁾。

2 信託利益を超える損害賠償の制限をも規定するものとする見解

この見解は、551条1項で問題となる損害を、信託利益を超える損害と解し、それらについて責任制限が及ばず、また悪意を要件にそれらに対する責任が帰責されると解する。

（1）完全性利益賠償制限説

来栖三郎博士は、立法者の見解に基づき、551条を積極的債権侵害による損害について贈与者の責任を制限しているものと理解される⁽⁸³⁾。来栖博士は551条の定める責任を担保責任であると解されるが、その内容を有償契約における担保責任の性質に準じて理解されてはいない。たとえば、立法者の意図を参考に、贈与契約において通常問題となるのは、積極的債権侵害による損害であり、このことは目的物が種類物の場合であっても変わらないとされ、目的物が種類物であっても責任制限の適用を肯定される⁽⁸⁴⁾。さらに551条による責任制限について、目的物の瑕疵から損害が生じたことについて、贈与者に単なる過失がある場合にもその責任を制限してよいとされる。すなわち、来栖博士によれば、目的物の瑕疵から拡大的に損害が生じた場合、贈与者に悪意はなく過失があるにすぎないときには551条1項に従って損害賠償責任が制限されると評価されている⁽⁸⁵⁾。

中井美雄教授も、来栖博士の見解に賛同して以下のように述べられる⁽⁸⁶⁾。すなわち、贈与

⁽⁸¹⁾ 岡・前掲注(79)87頁。

⁽⁸²⁾ 内田・前掲注(59)168頁。

⁽⁸³⁾ 来栖・前掲注(49)235-241頁。なお、来栖博士は贈与者の担保責任の制限の根拠を当事者の意思に求められる。来栖・前掲注(49)237頁。また、民法起草者は担保責任についてあいまいな理解をしており、現行551条の議論をみるにその所論は注意義務について有償と無償とを区別しないという原則に矛盾するように感ぜられるとする。そして積極的債権侵害、進んで信託利益も、両者の区別困難性からいずれも贈与者の担保責任の範囲外の問題であるとする方が有償無償を区別しないという原則に適うのではないだろうかとされる。同・前掲注(34)111頁。

⁽⁸⁴⁾ ただし来栖博士は、疑問がないではないとされながらも不特定物贈与の場合においては中等の品質の物を給付する義務があることを確認されている（同・前掲注(49)236-237頁）。そうであるとすれば、不特定物の瑕疵（＝中等の品質でない物の給付）によって受贈者の完全性利益に対して損害が生ずる場合、代物給付義務（履行請求権）に関しては一般原則によるが、完全性利益侵害による損害賠償に関しては、551条1項によると一応は評価されていると理解できよう。

⁽⁸⁵⁾ ただし来栖博士は、目的物に権利の瑕疵がある場合の損害賠償責任については言及されていないので、この場合の責任がどの範囲にまで及ぶのか、信託利益にとどまるのかあるいは価格賠償や履行利益なども含むと理解されているのかどうかは不明である。さらにこの場合、目的物の瑕疵から損害が生じたことについて贈与者に過失があるという点で、415条の規定する債務不履行責任（引いては709条による不法行為責任）との競合が問題となると思われるが、これについてはどのように扱われるのか、目的物の瑕疵から生じた損害が問題となる限り、551条1項が特別規定として優先適用されるのかどうかは明らかにされていない。

⁽⁸⁶⁾ 乾編代・前掲注(49)74頁（中井美雄執筆）。

者が積極的債権侵害による責任について、551条に従って特定物と不特定物とを問わず責任を負うとする評価について、「今日における積極的債権侵害の場合を念頭に置くならば、この見解には意義がある」とされ、そして不特定物の瑕疵に対して551条1項の適用を認める点については、「瑕疵担保責任についてもそれが必ずしも特定物売買にだけ限定されるものではないという理論状況からすれば」妥当であるとされる。

（２）目的物の瑕疵によって生ずる全損害賠償制限説

三宅正男博士は、基本的には来栖博士と同旨として贈与物の瑕疵から結果として受贈者の身体や財産に損害が生じた場合、贈与者が瑕疵を知りながら告げないという場合には551条1項によって責任を負うべきとされる⁽⁸⁷⁾。しかし三宅博士はさらに進み、瑕疵の存在自体による損害、すなわち履行利益も同様に扱い、受贈者が瑕疵を知らないという限りで瑕疵によって生ずるすべての損害を551条1項の射程に収めてよいとされる⁽⁸⁸⁾。なお、種類物が目的である場合には、贈与者に代物給付義務が生ずるが、瑕疵の結果として積極的損害を生じさせた場合には、不完全履行自体に基づく責任として415条に基づく責任ではなく、551条1項ただし書による責任のみを適用すべきとされる。

（３）416条適用説

石田助教授は、まず659条の注意義務軽減規定の趣旨は贈与にも押し及ぼされるべきであり、贈与者は自己の財産に対するのと同じの注意義務違反がある場合にのみ415条における債務不履行責任を負うとされる⁽⁸⁹⁾。そして、担保責任を制限する趣旨の規定である551条1項も、債務不履行責任と同一の処理に服させることが望ましいとされ、551条1項による損害賠償の要件も、「知りながら告げない」ではなく故意あるいは具体的過失（自己の財産に対するのと同じの注意義務の違反）のある場合とされ、さらに損害賠償の範囲を416条によって決定されるものとされる⁽⁹⁰⁾。このような見解によれば、贈与者の責任構造において、551条1項の責任と415条の債務不履行責任との差異はほとんどなくなるのであるが、石田助教授によれば以下の理由で区別が必要であるとされる⁽⁹¹⁾。たとえば受贈者が原

⁽⁸⁷⁾ 三宅正男『契約法（各論）上巻』（青林書院，1983）33頁。

⁽⁸⁸⁾ この場合の贈与者の責任は、瑕疵について悪意である売主の責任と同様であるとされる。三宅・前掲注(87)364頁も参照。すなわち、瑕疵について詐欺的悪意のある売主の責任は、信頼利益、履行利益、そして完全性利益すべてを含むとされる。ただし、売主の責任に関していえば、詐欺的悪意のある売主の責任を三宅博士のように一種の特別責任ととらえるべきか、あるいは詐欺的悪意を415条にいう帰責事由ととらえ、415条・416条に従った債務不履行責任による賠償範囲画定の問題ととらえるべきかという問題はあろう。

⁽⁸⁹⁾ 石田・前掲注(50)109-110頁。

⁽⁹⁰⁾ 石田・前掲注(50)113頁。

⁽⁹¹⁾ 石田・前掲注(50)114頁。また、担保責任と債務不履行責任について、石田助教授は、「起草者も担保責任と債務不履行責任を比較したうえで担保責任を軽減したのかどうかは明確でない」とされるが、現行民法の立法資料を見る限り、両者の性質などの厳格な比較検討を踏まえているかは定かではないものの、少なくとも立法者は債務不履行責任を制限せず、担保責任を制限するという区別づけは明確に意識されていたといえる。

始的瑕疵の存在を知りつつ贈与契約を締結する場合、受贈者を保護する必要はないので担保責任は生じないが、これに対して受贈者が瑕疵のないものとして贈与契約を結んだ場合で後発的瑕疵が発生したならば、受贈者がこれを知ったとしても保護の必要があり、贈与者に債務不履行責任が生ずるという差異が発生するからであるという。

なお、贈与の目的物が特定物か否かで 551 条 1 項の適用を区別するか否かについては、贈与目的物の瑕疵に基づく完全性利益侵害の場合をあげられ、この場合において特定物か否かで 551 条 1 項の適用を差別化することはバランスを失し許されないとされる。

3 差額賠償制限説

この見解は、551 条による責任制限の対象となる損害は、瑕疵または欠缺のあるその物または権利の現実の価額と、その瑕疵または欠缺がなかったならばその物または権利が有していたであろう価額との差額をいい、そして 551 条 1 項は、瑕疵または欠缺がなければ受贈者が受けていたであろう利益について贈与者に原則として賠償責任がないことを指し、瑕疵または欠缺によって受贈者の権利を侵害した場合にまで制限が及ぶものではないとされる。

梅博士は、贈与物の瑕疵から受贈者の完全性利益に拡大的に損害が生じた場合でも、551 条 1 項によってすべて処理されるとされていた。立法過程に見られる議論では、伝染病患者の着ていた着物を贈られた者が同じく伝染病に罹患した場合や、錆びた鉄砲の受贈者が暴発によって負傷した場合について 551 条 1 項の適用があるとされていた。この限りでは、先に見た来栖博士に代表される見解も同旨である。

権利の瑕疵が問題となる場合については以下のように指摘される。すなわち、純然たる理論からいえば、所有権を与えることや完全な機械を与えることを約束した場合、権利を実は有していなかったり、機械に瑕疵があれば不履行であるが、当事者の意思、すなわち贈与者の意思を考えると、完全な履行でなかった場合に金銭をもって賠償するというようなことは考えないであろうために、原則として担保責任は認められないという。ただしこの原則には一つの例外があるとされ、贈与者が贈与物の瑕疵または権利の欠缺を知りながらこれを受贈者に告げない場合には責任を負うとし、その理由として、「この場合、贈与者の行為は詐欺に類似する」ためであるという⁽⁹²⁾。そしてこの場合、いやしくも贈与者が与えると約束しただけのものを必ず与えなければならないのであって、与えられないということを知りながら人を欺いたというのは、その者の悪意または少なくとも重大な過失であるために、先の機械の例ならば、完全な機械の価額と瑕疵ある機械の価額の差額を賠償させることが 551 条 1 項ただし書規定の目的であるとされる⁽⁹³⁾。

岡村玄治博士は、贈与者が贈与の目的である物または権利の瑕疵または不存在について

⁽⁹²⁾ 梅・前掲注(34)466-467 頁も参照。

⁽⁹³⁾ 梅謙次郎『民法〔明治 29 年〕債権 第二章 契約（第一節～第三節）』（信山社、1996）25-26 頁、28 頁参照。

責任を負わないということは、瑕疵や不存在という欠陥のために生じている実際の価額との差額の賠償や、瑕疵や不存在がなければ受贈者が得られていたであろう利益に対する賠償がないことを意味するとされる⁽⁹⁴⁾。そしてこの規定の根拠を贈与の非対価性に求められ、また目的物が特定物であろうとも不特定物であろうとも、いずれにしても贈与の目的であることは変わらないので、551条の適用も変わるところがないとされる⁽⁹⁵⁾。

しかし、贈与者が注意を欠いたために毒の混入した飼料を受贈者に贈与したところ、受贈者の馬が斃死したという場合のように、拡大損害や瑕疵結果損害という受贈者の完全性利益に対する損害は、贈与者が過失によって受贈者の所有権を侵害していることとなる。そのため、551条1項ではなく不法行為に基づいてその損害の賠償を問題とすべきであるとされる⁽⁹⁶⁾。

潮見佳男教授は、権利の瑕疵または物の瑕疵を理由とする担保責任は、給付の有償性（等価交換）に関わる制度であるため、無償契約である贈与の場合にはこの責任が制限されるとされる⁽⁹⁷⁾。そして潮見教授は、制限の適用を目的物が特定している場合に限定され、種類物が目的である場合は債務不履行の問題となるとされる。

また、551条1項ただし書による損害賠償については、信託利益賠償と解すべきではなく、目的物に瑕疵があったために当該目的物の現有価値が低下した分に相当する額の賠償を認めるべきであろうとされる⁽⁹⁸⁾。そして551条が贈与者の責任を軽減するために考慮する有償・無償という観点は、給付と反対給付との交換レベルでの問題であるために、贈与目的物の瑕疵の結果として受贈者の完全性利益に損害が生じた場合には、551条1項は関係しないとされる。この場合には、保護義務違反の有無、すなわち完全性利益の契約規範による保護の問題であるとされる。

（二）担保責任以外の責任が問題となっているとする見解

1 債務不履行（不完全履行）責任制限説

山中康雄博士は551条1項について、贈与者はこの条文によって原始的履行不能や債務

⁽⁹⁴⁾ 岡村玄治『債権法各論』（巖松堂書店、1929）179-184頁、とくに180-181頁。

⁽⁹⁵⁾ 岡村・前掲(94)182頁。不特定物の瑕疵または権利の不存在につき、贈与者に売主と同様の責任を負わせることは権衡を失して不公平であるとされる。

⁽⁹⁶⁾ 岡村・前掲注(94)181頁。なお、贈与者が瑕疵を知りながら黙秘していた場合には551条1項ただし書が適用されることとなるが、このとき贈与者の負う損害賠償責任の範囲は履行利益には及ばないとする立場を批判され、このときの賠償は履行利益にまで及ぶとされる。しかし、岡村博士はこの履行利益の具体例として、瑕疵のために減少した目的物の価額と瑕疵がなかったならば有していたであろう価額との差額を挙げられる。岡村・前掲注(94)183-184頁。拡大損害や瑕疵結果損害による完全性利益侵害の問題を不法行為法規範の問題とする見解として、岡村博士のほか、辻・前掲注(54)183-185頁、平野裕之『契約法（第3版）』（信山社、2008〔初出1996〕）255頁がある。辻教授は、目的物の瑕疵に基づく拡大損害による完全性利益侵害の場合と目的物自体の瑕疵に由来しない積極的債権侵害による完全性利益侵害の場合とのどちらについても不法行為規範による解決が妥当であり、551条1項の責任制限は及ばないとされる。ただし、551条1項によって制限される責任の具体的内容についてまでは言及していない。

⁽⁹⁷⁾ 潮見佳男『契約各論Ⅰ』（信山社、2002）52頁。

⁽⁹⁸⁾ 潮見・前掲注(97)53頁。

不履行のための責任を負わされないとされる⁽⁹⁹⁾。次いで、このように原則的に制限される債務不履行責任につき、贈与者は、瑕疵や欠缺を知らながらこれを受贈者に告げないという場合にのみ責任が課されるとされる。そして一般的に債務不履行の責任そのものが、贈与者が瑕疵または欠缺を知らながら受贈者に告げないというように故意と重大な過失についてのみ責任を生ずることは明白であるとされ⁽¹⁰⁰⁾、この限度で贈与契約にあっては不完全履行も有効な給付となるとされる⁽¹⁰¹⁾。

半田教授も、551 条 1 項の場面を不完全履行責任としての担保責任の場面であるにとらえられている⁽¹⁰²⁾。そして、贈与者の担保責任は有償契約における担保責任とは異なる責任要件に服すべきであるから、瑕疵惹起損害が発生した場合にも贈与者に故意または重大な過失がない限りは責任が生じないとされる。

加藤教授は、551 条は債務不履行責任の制限を規定するものであるとされる⁽¹⁰³⁾。加藤教授はまず、551 条 1 項では「責任」を問題とし、2 項のみが「担保の責任」を問題としていることに注意が必要であるとされる。すなわち、551 条 1 項ただし書の内容は、瑕疵等を知らながら告げなかった場合に関するものであり、「贈与者に故意がある場合の規律」であり、「債務不履行責任が問題となるケースにほかならない」とされる⁽¹⁰⁴⁾。そのため、551 条 1 項本文は、債務不履行責任の不発生を規定し、ただし書で瑕疵または欠缺を知っているという「故意があるのにそれを告知しなければ、債務不履行責任を免れないこと」を規定していると考えることが自然であるとされる。そして、賠償の範囲は 416 条に従うとされる。結論として、551 条 1 項は、贈与者の債務不履行責任について、「贈与者に故意がある場合に責任を限定し、過失の場合の免責を規定している」とされ、その理由を贈与契約の好意性に求められている⁽¹⁰⁵⁾。

2 契約締結上の過失責任説

磯村哲博士は、551 条 1 項にいう担保責任について、契約が無償であるために瑕疵のための責任が制限されているとされるが、この責任を「担保責任」ではなく、「信義則上の告知義務違反に基づく契約締結上の責任であり、したがって受贈者が瑕疵・欠缺なきものと信頼

⁽⁹⁹⁾ 山中康雄『契約総論』（弘文堂、1949）256 頁。山中康雄「双務契約・片務契約と有償契約・無償契約」契約法大系刊行委員会編『契約法大系 I 契約総論』（有斐閣、1962）70 頁以下も参照。

⁽¹⁰⁰⁾ 山中・前掲注(99)256-257 頁。

⁽¹⁰¹⁾ 山中・前掲注(99)257 頁。山中博士は 551 条 1 項の理解について BGB521 条、523 条、そして 524 条を示唆とすべきとされる。

⁽¹⁰²⁾ 半田吉信『契約法講義〔第 2 版〕』（信山社、2005〔初出 2004〕）180 頁。半田教授は 551 条 1 項による担保責任の制限の根拠を、当事者の通常の意味に一致するためとされる。なお、三和一博＝平井一雄編『債権各論要説』（青林書院、1991）61 頁（半田吉信執筆）も参照。

⁽¹⁰³⁾ 加藤・前掲注(56)177-178 頁。

⁽¹⁰⁴⁾ 加藤・前掲注(56)177 頁。加藤教授は、551 条にいう責任を担保責任ととらえない理由として、教授の瑕疵担保論では、570 条の損害賠償は対価的代金減額であるところ、贈与の場合は対価が存在しないため、代金減額の余地がないので、551 条 1 項は贈与者の債務不履行責任ととらえるべきだという（同 178-179 頁）。

⁽¹⁰⁵⁾ 加藤・前掲注(56)178 頁。なお、同様に 551 条 1 項ただし書の責任を債務不履行責任であるとする見解として、横田秀雄『債権各論〔第 13 版〕』（清水書店、1921〔初出 1912 年〕）239 頁。

せることによって蒙った損害の賠償責任である」とされる⁽¹⁰⁶⁾。

西沢修博士も、贈与は無償契約であるために、「特定の」物または権利が贈与の目的である場合には瑕疵や欠缺について原則として贈与者は責任を負わないとされる⁽¹⁰⁷⁾。そして贈与者が瑕疵や欠缺を知っていながらこれを告げないという場合には損害賠償責任が生ずるが、これは担保責任ではなく、信義則上の告知義務違反に基づく契約締結上の責任であって、受贈者が瑕疵や欠缺のないものと信じたことによって蒙った損害の賠償責任であるとされる⁽¹⁰⁸⁾。

3 不法行為責任説

この見解は、551条1項本文の理解について贈与契約の無償性のため、贈与者の担保責任が制限されているという点では上記の担保責任＝信頼利益制限説と一致するが、551条1項ただし書によって帰責される責任を担保責任ではなく不法行為責任であると理解する。

たとえば末弘巖太郎博士は、551条1項ただし書の責任が生ずる要件について、たとえ贈与者が重大な過失によって瑕疵を知らなかったとしても、悪意でない限りは責任がなく、損害賠償の範囲も受贈者が瑕疵または欠缺の不存在を信頼したために被った損害（消極的契約利益）に限定されるとする⁽¹⁰⁹⁾。しかしながら、551条1項ただし書による責任の性質は、受贈者が瑕疵や不存在を知っていれば受けなかったであろうかどうかに関わらず、贈与者がこれを告げないために受けてしまった損害の賠償を目的とするので、意思の自由に対する侵害に基づく不法行為上の賠償責任と解すべきとされる⁽¹¹⁰⁾。

宗宮信次博士は、贈与者が目的物の瑕疵や権利の不存在のために責任を負う場合は、その損害賠償の範囲は積極的損害にとどまり消極的損害に及ぶべきではないとされるが、悪意をもって瑕疵あるものを贈与して受贈者に損害を加えたような場合は、不法行為の規定によって損害賠償の責任を負うとされる⁽¹¹¹⁾。

三 他人物贈与の場合における贈与者の責任について

贈与契約の冒頭規定である549条では、その文言上、「自己の財産」の贈与が問題とされていることから、契約締結の時点では贈与者自身の所有とはなっていない目的物を契約の目的とすることができるといえるがどうかは問題となりそうではある。しかし少なくとも現在では、他人の所有する財産を贈与契約の目的物とすることは一般に有効であると考えられている⁽¹¹²⁾。贈与契約の当事者が他人の財産を贈与の目的とした場合には、贈与者は第三者から目

⁽¹⁰⁶⁾ 磯村哲「売買・贈与」法学セミナー17号（1957）16頁。磯村博士は、ドイツにおける *Larenz* の見解を引用される。

⁽¹⁰⁷⁾ 末川博編代『民事法学辞典下巻』（有斐閣、1960）1214-1215頁（西沢修執筆）。

⁽¹⁰⁸⁾ 末川編代・前掲注(107)1215頁（西沢修執筆）。

⁽¹⁰⁹⁾ 末弘・前掲注(59)318-319頁。

⁽¹¹⁰⁾ 末弘・前掲注(59)320頁。

⁽¹¹¹⁾ 宗宮信次『債権各論』（有斐閣、1952）112頁。

⁽¹¹²⁾ 判例ではたとえば最判昭和44年1月31日判時552号50頁以下参照。

的物の権利を取得し、それを受贈者に引渡すこととなり、贈与者に権利取得義務および受贈者への権利移転義務が生ずることとなる。そしてその違反については当然債務不履行責任が問題となる。しかしたとえば、贈与者が他人の財産であることを知らずに自己の財産であるとして贈与をし、結果として受贈者がその目的物を第三者に追奪されてしまう場合はどうであろうか⁽¹¹³⁾。このような場合、贈与者は権利取得および移転義務の不履行として 415 条に基づく責任を負うべきなのか、あるいはこの場合も権利の瑕疵の一場面として、551 条 1 項による原則免責と悪意による黙秘（知りながら告げない）という要件の下での帰責となるのか。この点につき内田教授は、他人物の贈与が問題となる場合、贈与契約は有効であるが原則として贈与者は担保責任を負わないから権利取得義務を負わないとされる⁽¹¹⁴⁾。

一方で、まず他人の物を他人の物として贈与する場合と他人の物を（そうとは知らずに）自己の物として贈与する場合とを分けることが必要であるとする見解がある。

来栖博士は、他人の物をそれと知りつつ贈与の目的物とする場合には、贈与者に権利取得および譲与義務が生ずることは可能であるとされる。しかし、そうでない場合には 551 条 1 項の適用があつてよいとされる⁽¹¹⁵⁾。

三宅博士は、他人の所有する財産が贈与の目的となる場合には、贈与者に権利移転義務が生ずるとされる⁽¹¹⁶⁾。そして、贈与した目的物に他人の制限物権が付着している場合や贈与した目的物が実は第三者の所有物であった場合などを権利の瑕疵の場面とされ、このような場合には 551 条 1 項の適用があるとされる。ただし、贈与者が所有権に関して保証特約をすれば担保責任を負い、また種類物が目的である場合に他人の物を引渡してしまった場合には、代物給付義務があるとされる。また、贈与者が権利の瑕疵を知って受贈者に告げないという場合には、551 条 1 項ただし書に従って善意の受贈者に対して損害賠償の責任を負うが、この責任は受贈者が自己の物となったと誤信して支出してしまった損害の賠償に限らず、追奪当時の価格の賠償を請求することもできるとされる⁽¹¹⁷⁾。

四 無償委任契約における委任者の責任・注意義務の軽減について

条文からも明らかなように、現行民法における委任契約規定では、契約が有償であるか無償であるかに関わらず、受任者には常に善良なる管理者の注意義務を伴う委任事務の実行を義務づけられる。すなわち、委任契約では他の無償契約類型と異なり、契約が無償である

⁽¹¹³⁾ 柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法(14)債権(5)』（有斐閣，1993）54・55 頁（柚木馨・松川正毅執筆）も参照。岡村博士は権利の欠缺は客観的事実であり当事者の善意悪意によってその有無を決するべきではないので、自己の物として贈与した目的物が実は第三者の所有物であった場合には、権利そのものは存在するので権利の欠缺ではなく、法律行為の要素に錯誤ありとして契約が無効になるにすぎないとする。岡村・前掲注(88)180 頁。

⁽¹¹⁴⁾ 内田・前掲注(59)168 頁。560 条の適用はないとされる。ただし、権利を取得した場合には受贈者への引渡義務があるとされる。

⁽¹¹⁵⁾ 来栖・前掲注(49)238・239 頁。

⁽¹¹⁶⁾ 三宅・前掲注(87)34 頁。

⁽¹¹⁷⁾ 三宅・前掲注(87)34・35 頁。ただし三宅博士は、これらの損害は択一的にのみ請求可能であるとされる。

にもかかわらずその点に配慮して受任者の義務や責任を制限する趣旨の規定を置いていないこととなる。

しかし、学説では無償委任においては、有償委任との対比で多少とも受任者を優遇すべきとするものも少なくない。これらの見解を整理すると、①C.C.1992条2項などを参考に、無償委任の場合には有償委任の場合に比して受任者の過失の判断・損害賠償額などを緩和すべきとする見解、②659条の準用・類推適用などを理由に注意義務一般が制限されてよいとする見解がみられる。なお、無償委任契約が締結される場合、当事者間に高度な注意義務は要求されないとする意思（黙示的特約）がありうるということについては、共通しているようである⁽¹¹⁸⁾。

（一）当事者間の黙示的な責任制限合意を認める説

我妻博士は、他の無償契約と比して無償委任の受任者が有償の場合と変わらない注意義務を負う理由を、委任における当事者間の信頼関係にあるとされる⁽¹¹⁹⁾。そして委任が「実際上有償を普通とするに至った今日では、少くとも第644条の実際の運用には考慮されるところがあつてもよいのではないかと考える」とされ、無償受任者の過失を判断する際には、有償受任者の場合と比べて寛容にすべき旨を定めているC.C.1992条2項を極めて注目すべき立法と評価される⁽¹²⁰⁾。そして無償委任契約一般について、当事者双方に単に好意的な関係にとどめ、法律関係とする効果意思を伴わないとみるべき場合もあり、少なくとも受任者が自己の事務を処理するのと同程度の注意を負担する黙示的合意がある場合が多いのではないかとされる⁽¹²¹⁾。

広中教授も、無償委任の場合に善管注意義務が要求されることは無償寄託との質的差異のために是認されて然るべきとされる⁽¹²²⁾。この質的差異とは、広中教授によれば、「委任の場合には受任者は直接委任者のために行動する義務を負うのに対し、寄託の場合には受寄者は物をただ自己の許に保管してやるにすぎない」という差異であるとされる。このため、注意義務軽減のための特約は許されるが、無償受任者は原則として善良なる管理者の注意

(118) もちろん、644条の規定に忠実に有償無償に関係なく他人から事務の処理を委託された以上は善良なる管理者の注意義務を尽くす必要があるという見解も多い。たとえば、岡松参太郎『民法理由債権編』（有斐閣書房，1897）275-276頁，吾孫子勝『委任契約論』（巖松堂書店，1917）33-35頁，末弘巖太郎「無償契約雑考」同『民法雑記帳』（日本評論社，1935）157頁，末川博『債権各論第二部』（岩波書店，1967）311-312頁，山中・前掲注(99)258頁。山中博士は、無償委任と有償寄託とは、他人の事務を処理する権利という性格が強く報酬の有無が異なるのみで規範原理を異にしないが、無償寄託については、「無償で他人に物を保管させる権利」という性格が強いために659条が存在するとされる。また、野沢正充『契約法』（日本評論社，2009）229頁，潮見佳男『基本講義債権各論Ⅰ〔第2版〕』（新世社，2010〔初出2005〕）245-246頁も参照。

(119) 我妻栄『債権各論 中巻二』（岩波書店，1962）659-660頁。

(120) 我妻・前掲注(119)660頁。同旨として明石三郎「委任と報酬」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅳ 雇用・請負・委任』（有斐閣，1963）259-260頁，中川高男「受任者の善管注意義務」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅳ 雇用・請負・委任』（有斐閣，1963）278頁，松坂佐一『民法提要 債権各論（第四版）』（有斐閣，1981〔初出1956〕）194頁。

(121) 我妻・前掲注(119)672頁。

(122) 広中・前掲注(52)129頁。ドイツ民法起草者の言葉を援用される。

義務を負うとされる。しかし、このことは責任の要件を一にするにすぎず、責任の量をも同じくするというのではないとされ、この点に有償委任と無償委任との差異があると指摘される。すなわち、「無報酬で事務処理を委託する委任者は受任者の過失（「善良ナル管理者ノ注意」を欠くこと）によって生ずべき損害の一部を負担する意思（損害賠償額減縮の意思）を有するものと解すべき」とされる⁽¹²³⁾。

（二）注意義務が制限されてよいとする見解

この見解では、①644条に基づいて、無償委任でも原則として善管注意義務を要求すべきであるが、場合によっては緊急事務管理に関する698条の類推がありうるとする説、②無償寄託における659条による注意義務の軽減を無償委任の場合に類推適用してもよい場面があるとする説、さらに③659条による注意義務の軽減は無償契約一般における原理であるとして、無償委任契約では644条の適用が排除されるとする見解がある。

1 698条類推適用説

四宮和夫博士は、委任が無償を原則とするにもかかわらず、659条に反して善管注意義務を要求した理由を、ローマ法（ユ帝法）—ドイツ法の系譜であると説明される⁽¹²⁴⁾。そして、委任ではその無償性にもかかわらず善良なる管理者という高度の注意義務が求められた理由について、四宮博士は2つの学説を引用しつつ、説明される。すなわち、①ローマ法では委任は多くの関係に含まれ、それぞれによって利益状況を異にしたから、責任の基準についても単一でなく、受任者および第三者の利益のための委任や何らかの形で報酬を受けた *procratio* と融合した委任などにおいては、軽過失の責任が認められた可能性があったこと⁽¹²⁵⁾、②無償の受寄者は悪意の場合、重過失の場合、および自己の物よりも粗末に扱った場合にのみ責任を負うのに対し、無償の受任者が抽象的軽過失の責任を負うのは、受寄者が積極的な勤勉な処理の義務を負わないのに対し、受任者は事物の性質上勤勉な処理を義務づけられることという理由から、受任者は高度の注意義務を要求されるのだという⁽¹²⁶⁾。以上の理由に鑑みると、「644条の解釈としても一応既定の文言を尊重して無償の受任者に対しても善管注意義務を要求するほかない」とされながらも、委任者の危害を避けるために受任者が危険にさらされた場合でも善管注意義務を要求するのは酷であり、このような場合に

⁽¹²³⁾ 広中・前掲注(52)129-130頁。広中教授も我妻博士と同様にC.C.1992条2項に留意すべきとされる。同・前掲注(52)130-131頁。なお、広中・前掲注(67)279-280頁も参照。ただし、フランス判例法・学説におけるC.C.1992条2項の理解では、この規定による責任制限はあくまで有償委任の受任者に期待しうる義務を無償委任の受任者には期待できない場合があるということとどまり、有償委任の不履行と無償委任の不履行とで、損害賠償の内容にも差を設けるべきことはないというものであった。これについては第4章—IV参照。

⁽¹²⁴⁾ 四宮和夫「委任と事務管理」谷口知平教授還暦記念発起人『不当利得・事務管理の研究(2)』（有斐閣、1971）306頁。

⁽¹²⁵⁾ 四宮・前掲注(124)306-307頁。Alan Watsonを引用される。四宮博士は、この理由がユ帝法期に受任者に軽過失責任を認める最大の要因であったのではなかろうかと推測される。

⁽¹²⁶⁾ 四宮・前掲注(124)307頁。Johann Christian Hasseを引用される。

は緊急事務管理に関する 698 条を類推適用すべきとする⁽¹²⁷⁾。

2 659 条類推適用説

石田助教授は、644 条の趣旨を、医師や弁護士の事務処理のように、委任事務の内容によっては受任者の行為により委任者の身体や財産に大きな損害が生じる恐れがあることから、無償委任であっても高度の注意義務を要求しているものとされる⁽¹²⁸⁾。しかし、石田助教授によれば委任のすべての場合において委任者の生命等が侵害されるわけではなく、このような場合にまで無償の受任者に善管注意義務を要求することは酷であり、659 条の類推適用によってその注意義務が自己の財産に対するのと同じの注意義務に軽減されると解すべきとされる⁽¹²⁹⁾。

鈴木博士は、無償委任の場合にも善管注意義務が課せられると一般に理解されているが、「契約上の無償義務者一般の注意義務が『自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ』限度とされていることとは矛盾するため」、委任者と受任者との関係を「社会的接触において広く観察し、それでも受任者が委任の状態があることによって全く利益を受けていない場合のみは、受任者の地位は、實際上、純粹の行為によって他人の事務を処理している事務管理者に近い、といえるから、この場合には、かれは『自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ』注意義務を負うに過ぎない」と解すべきとされる⁽¹³⁰⁾。

平野裕之教授は、まず 551 条や 659 条に定められている責任の制限を無償契約の一般原理であると指摘される⁽¹³¹⁾。そして条文上高度の注意義務を要求されている委任契約は、「自己の事務を他人に代わりに行わせるという重大でかつ信頼関係に支えられている」ために、例外的に注意義務が高められてもよいとされる。しかし、委任契約にも当然種類があるので、無償の場合にはそれなりに注意義務が軽減されてよいとされる⁽¹³²⁾。

⁽¹²⁷⁾ 四宮・前掲注(124)307 頁、308 頁注 10。四宮博士は、698 条類推適用の根拠としてドイツ法における解釈（*Esser* の見解）を指摘される。ドイツ委任法における受任者の義務に関しては、第 3 章 V——参照。

⁽¹²⁸⁾ 石田・前掲注(50)347 頁。

⁽¹²⁹⁾ 同旨として稲本洋之助ほか『民法講義 5 契約』（有斐閣、1978）266-267 頁（能見善久執筆）、半田・前掲注(102)444 頁、岡本・前掲注(65)49 頁。なお、岡本教授は法律行為や人の生命に関わる無償委任であれば善管注意義務を要求されるが、単なる事実行為・好意給付であるならば注意義務それ自体が軽減されてよいとされる。

⁽¹³⁰⁾ 鈴木禄弥・前掲注(68)668 頁。なお鈴木博士は、自己の財産に対するのと同じの注意は無償義務者一般の注意であり、さらに委任契約から全く利益を受けない受任者を、事務管理者と同様の利益状況にあることをも理由とされる。

⁽¹³¹⁾ 平野・前掲注(90)8 頁注 6 および 10 頁。さらにこのことから、贈与契約においても贈与者の注意義務は善良なる管理者の注意義務でなく自己の財産に対するのと同じの注意義務で足りるとされる。同旨として近江幸治『民法講義 V 契約法〔第 3 版〕』（成文堂、2006〔初出 1998〕）261-262 頁。

⁽¹³²⁾ 平野・前掲注(90)612 頁。なお平野教授は、無償委任であるからといって直ちに善管注意義務を免れるというのは正しくない（たとえば、医師によるボランティアでの治療行為など）が、善良なる管理者の注意義務を原則として要求することも適当でないとされる。また、委任の種類によっては黙示による注意義務の軽減に関する合意がなされていると認定することも考えられるとする。同旨として奥田＝池田編・前掲注(60)280 頁（橋本恭宏執筆）。

3 無償委任契約では原則として注意義務が軽減されるとする見解

加藤教授は、委任契約では有償無償を区別せず善管注意義務が問題となるとされているが、無償委任については、「債務者の責任が故意の場合に限定されない種類の事案であっても、具体的過失がなければ責任を負うことはない」とされる⁽¹³³⁾。そして例として有償で子どもを預かる場合と無償で子どもを預かる場合とでは異なる責任が問われるべきであるとされる⁽¹³⁴⁾。

五 無償寄託における受寄者の注意義務の軽減（659 条）について

無償受寄者の注意義務の軽減に関しては、ドイツ法ではその軽減が保護義務違反や不法行為責任が問題となる場合にも適用されるか否かという点で議論がみられ、フランス法では有償寄託の受寄者と無償寄託の受寄者とで要求されうる義務に差異がありうるという点で議論がみられるものの⁽¹³⁵⁾、日本では無償受寄者の注意義務制限を定める 659 条に関しては、その立法趣旨をめぐる若干の議論が見受けられるほか、その責任制限の範囲に関する議論はほとんど見当たらない。その議論も、ドイツ法を示唆とした辻教授による考察がみられるにとどまる。

（一）659 条による注意義務軽減の根拠

まず、そもそもなぜ 659 条が 644 条とは異なって無償受寄者が寄託物の保管に際して果たすべき注意義務を「自己の財産に対するのと同じの注意」で足りるとしたのであろうか。この点について、多くの学説では単に「無償性のため」とするのみでそれ以上の言及は見られないが⁽¹³⁶⁾、①寄託契約における当事者意思の推定とする見解と、②契約の無償性＝債務者の好意という側面を重視する見解とがみられる。

1 当事者意思の推定とする見解

梅博士は、現行民法は原則として有償契約と無償契約とで債務者の責任に差異を設けないという原則を採用したが、659 条はそれに対する例外であり、そこには特別な理由があるとされる⁽¹³⁷⁾。すなわち、寄託者は受寄者が平時において注意深い者であるかどうかを知ったうえで自分の財産を寄託するため、受寄者が自己の財産に対するのと同じの注意を果たせば多くの場合において寄託者の意思に適ったものとなるとされる⁽¹³⁸⁾。

岡松参太郎博士も、無報酬で寄託を引受ける受寄者に 400 条を適用することは責任が重きに失するとされ、特に寄託者は受寄者が自己の財産を管理するためにどれだけの注意を

⁽¹³³⁾ 加藤・前掲注(56)26-27 頁。

⁽¹³⁴⁾ 加藤・前掲注(56)27 頁，421 頁。加藤教授は、C.C.1992 条 2 項を参考とすべきと指摘される。

⁽¹³⁵⁾ これについては、第 3 章 V—2 および第 4 章 III 参照。

⁽¹³⁶⁾ たとえば我妻・前掲注(119)714 頁。

⁽¹³⁷⁾ 梅・前掲注(34)768 頁。起草過程の議論に関しては本章 III—3 も参照されたい。

⁽¹³⁸⁾ 梅・前掲注(34)768-769 頁。同じく起草委員であり、現行 659 条の起草担当者であった富井博士も同旨である。法制調査部・前掲注(39)760-761 頁参照。

用いているのかを見たうえで寄託を行うことが多いと指摘される。そして自己の財産の保管のために用いている注意を超える注意を、このとき無償の受寄者に要求することは受寄者にとって酷であるのみならず、寄託者の望みを超えるものでもあるとされる⁽¹³⁹⁾。

来栖博士は、委任契約においては契約が有償の場合と無償の場合とで注意義務に差異を設けていないのに対して、寄託契約においてはそのような基準に従って注意義務に差異を設けている点について、その理由を明らかにしえなないとされながらも、以下のように推測される⁽¹⁴⁰⁾。すなわち、委任の場合には委任者の義務は受任者の事務から切り離されて存在し、したがって受任者は自己の事務と無関係に委任者の事務処理を引受けているのに対し、無償寄託において受寄者は寄託物を自己の物とともに保管するために自己の物と切り離して考えることが適当でないからであろうか、とされる⁽¹⁴¹⁾。

2 無償性＝債務者の好意を 659 条の根拠とする見解

たとえば平野教授は、659 条の趣旨について以下のように指摘される。「無償で、即ち、好意で他人の物を預かる場合、無償行為は道徳に片足を突っ込んだような関係であり、法的に強い拘束力を与えるのに適しない特殊性があるため、好意で預かった者の責任を軽減しようというものである」⁽¹⁴²⁾。

加藤教授も、「好意で行った行為については責任を軽くしてよいが、利益を求めた行為に対しては一般の契約責任を課すことが適当だからである」とされ、有償寄託と無償寄託とで民法が受寄者に対して異なる程度の注意義務を要求している理由とされる⁽¹⁴³⁾。

(二) 659 条による注意義務軽減の射程

辻教授は、無償受寄者の注意義務の軽減を規定する BGB690 条が保護義務や不法行為責任にも及ぶかどうかについてのドイツ法における議論を参考とし、特に *Schlechtriem* の見解を適切とされ以下のように述べられる⁽¹⁴⁴⁾。すなわち、わが国の解釈論としても責任制限の適用範囲を限定すべきであり、寄託契約における寄託者の給付目的以外の完全性利益の保護は、給付義務の内容になることはないので保護義務あるいは不法行為責任に従って判断されるべきである。しかし、実際に無償受寄者の責任を軽減する必要がある場合には、「不法行為上の注意義務の内容を具体的に判断する際に無償寄託の目的や受寄者の地位を考慮

⁽¹³⁹⁾ 岡松・前掲注(119)次 312-次 313 頁。

⁽¹⁴⁰⁾ 来栖・前掲注(49)591-592 頁。

⁽¹⁴¹⁾ 来栖・前掲注(49)592 頁。

⁽¹⁴²⁾ 平野・前掲注(90)658 頁。平野教授は、別の観点からみれば、責任を容易に認めないことにより安心して市民間で好意的な寄託という人情のお互いさまの行為を促進し、社会的連帯を高めようという思想の現れといえるとされる。

⁽¹⁴³⁾ 加藤・前掲注(56)444-445 頁。なお、幾代通＝広中俊雄編『新版注釈民法(16)債権(7)』（有斐閣、1989）328 頁（明石三郎執筆）も参照。

⁽¹⁴⁴⁾ 辻・前掲注(54)185-186 頁。無償受寄者の注意義務軽減を定める BGB690 条に関する *Schlechtriem* の見解については、第 3 章 V—二—（二）—2

することによって、實際上受寄者の責任軽減をはかることができる」とされる⁽¹⁴⁵⁾。

V 裁判例の検討

無償契約債務者の責任制限という問題について、これを規定する条項を如何に解するかという点で学説上ではさまざま見解が述べられている一方で、贈与や無償委任など、無償契約類型における不履行に基づく損害等について、無償契約債務者の責任やその制限の可否が争われた裁判例はほとんど見当たらない。ただし、当事者間に契約関係はない（あるいは裁判上で契約関係なしと認定された）が、一方当事者の無償行為が原因で相手方当事者に損害が生じたという事例につき、不法行為責任に基づく賠償責任の有無や範囲について争われた裁判例が散見される。

本稿の問題意識は無償契約債務者の責任制限であるものの、たとえ契約外の場合であっても、「無償行為」という共通要素が裁判上どのように評価されているのかを分析することは、無償契約債務者の責任を考える場合にも十分参考となりうると思われる。そのため、本節では無償行為による損害惹起が問題となった判例をいくつか取り上げ、傾向分析を試みる。

一 裁判例

以下では、無償行為に基づく加害事例が問題となった裁判例を 6 例取り上げる。それぞれ、①無償契約債務者に損害回避の注意義務を認め、その違反に基づいて賠償責任を肯定したもの、②損害回避の注意義務を認めたが、賠償責任については行為の無償性を考慮して減額するとしたもの、③行為の無償性を理由に、損害回避の注意義務そのものの存在を否定したものに分類できる。なお、判例⑥では、無償行為に基づいて損害を被った被害者が加害者に対して契約責任のみを追及したところ、判決では当事者間に契約関係は存在しなかったとされ、請求は単に棄却となった。しかし判決では無償行為者の負うべき注意義務の程度について言及されているため、特に取り上げることとする。

⁽¹⁴⁵⁾ 辻・前掲注(54)186 頁。辻教授によれば、寄託物の損傷、滅失、喪失自体についての損害賠償責任が問題となる場合には、契約責任と不法行為責任とが競合しうるとし、不法行為責任に対して 659 条による責任制限が及ぶことはないといわれる（同・前掲注(54)186 頁および 188 頁注(43)参照）。辻教授と同旨として平野・前掲(90)658 頁注 3）。辻教授は完全性利益が給付義務の対象となっている場合とそうでない場合とを区別され、後者についてはもっぱら不法行為責任（あるいは保護義務）によって解決が図られ、前者については、給付義務違反に基づく債務不履行責任と完全性利益侵害に基づく不法行為責任とが競合してどちらについても 659 条の適用があるとされる。しかし、講学上完全性利益が問題となっていると判断しえたとしても、教授の認めるように寄託契約ではまさに同利益の保護が給付義務の内容となっているのであって、このような場合に完全性利益の侵害という点を強調することで、不法行為責任（あるいはその競合）を問題にする必要があるのかという疑念がないではない。

(一) 損害回避の注意義務を認定し、賠償責任を肯定した裁判例

①【神戸地方裁判所昭和 51 年 2 月 24 日判決】判時 831 号 75 頁

〔事案の概要〕

原告である X がその長男である A（死亡時 2 歳）を被告 Y に預けて訴外 B と競馬場に出かけたところ、A が死亡したとの事案であるが、どのような原因で A が死亡に至ったのかは判決文からは明らかでない。

〔判 旨〕

X が訴外 B の経営する店で勤務することとなったため Y と知り合いになり、特に Y が長女を出産した後は互いに世話や面倒を見合うという関係であった。事故前夜、訴外 B が事故当日の朝から競馬場に出かけるので X を誘い、X は B の機嫌を損ねぬようこれに応じたが、風邪を引きかけていた A がこじらせるのを恐れて、Y 方に A を置いたまま出かけた。X は Y に対して世話の依頼をしていなかったが、Y は X と B が競馬場に出かけることを承知していたし、従来の親密な間柄から（お互いの子どもの面倒を見合うこともあった）、Y において A の世話をすることを了承していたと認定した。そうすると、「Y は X から黙示に A の世話を依頼されて、これを引き受けその面倒をみていたのであるから、X との間に好意的な協定関係があったものといえることができる。したがってその協定（依頼）の趣旨に添うべき義務、すなわち X 主張のとおり幼児の生命、身体に危険を避けるための注意義務があるものといわねばならない」。

②【大阪地方裁判所堺支部昭和 43 年 8 月 8 日判決】判時 552 号 66 頁

〔事案の概要〕

原告 X らの子である A（事故時 1 歳 1 ヶ月）が、被告 Y の雇っている従業員にあやされている最中、そばにあった熱湯入りの電気ポットを A が倒してしまい、熱湯がかかり、右腕などに火傷を負った事案である。X らと Y は、同じマーケット内でそれぞれ呉服店と化粧品店を営んでおり、X らの長女である A は生後 1 年 1 ヶ月で日ごろマーケット内を一人歩きしたり、Y 方をはじめマーケット内の他の店舗に出入りするなどし、可愛がられていた。事故当時、Y 方には 3 人の従業員が勤めており、交替で昼食をとっていた。従業員のうち 1 名が昼食をとり始めた際、別の従業員が Y 店舗の前で 1 人で遊んでいた A を見て抱き上げたが、来客があったため昼食を取っている従業員に A をあずけた。従業員は A を膝に抱いていたが、熱湯入りのポットのコードがすぐそばに垂れ下がっていた。従業員がパンを A に与えた際、A がこれに喜んで足をばたつかせたため、コードに足を引っ掛けてポットを倒してしまい、熱湯によって右腕などに火傷を負った。

そこで X らは Y に対し、従業員に危険防止のための注意義務違反があったとして、その被用者である Y に対し、民法 715 条に基づいて損害賠償を請求した。

〔判 旨〕

裁判所は、認定事実から従業員の過失は明らかであるとしその理由を以下のように説明

する。すなわち、「幼児を抱き取り、一時にせよその保護を託された者としては、幼児が手足を急にばたつかせたりして、思わぬ挙動に出ることが十分予想されることに鑑み、幼児を抱いたまま食事をするような場合には、身边に危険な器物その他のものを置かぬようにし、またそれらのものがあれば、これを遠ざけるなりして、危険の発生を防止すべく適切な処置をとり、もって、幼児の安全を保護すべき義務があるというべく、この点親権者その他幼児を保護すべき法律上契約上の義務ある者ばかりでなく、本件の如き同じマーケット内に店舗を持つ者同志（店員を含む）のいわば隣人として、好意で幼児をあやしたりするため一時抱き取った場合でも、異なるところはない」からであるとする。

さらに、事業執行性についても、幼児の一時預かりなども化粧品店の業務に付随するサービスともいえるとしてこれを肯定し、また Y の監督義務違反も肯定した。なお、X らが A を放任していた点、適切な治療処置を怠った点に過失があるという Y による過失相殺の抗弁に対しては以下のようにいう。すなわち、「X らがその営業多忙にかまけて、日頃 A の市場内の独り歩きを放任し、それがため、A が他の店舗に自由に出入りしていたことが認められ、事故当日も放任していたこと前認定のとおりで、この点 X ら兩名としても、マーケット内の他人の好意に甘えていた感が強いが、さればといって、右の放任が直ちに本件事故発生に原因を与えたものということはできない。何となれば、本件事故は、前認定の如く、Y 方従業員が A を誘って抱き上げ、さらに店内奥にいる別の従業員に抱き取らせたがゆえに発生したものであって、X ら兩名の放任とは未だ因果関係ありというを得ないからである」としてこれを退けた。適切な治療措置を怠ったという点についても、これを認めるに足る証拠はないとして退けている。

（二）損害回避の注意義務とその違反を認定したが、加害者の賠償責任を制限した裁判例

③【津地方裁判所昭和 58 年 2 月 25 日判決（隣人訴訟）】判時 1083 号 125 頁

〔事案の概要〕

X 夫妻（原告）と Y 夫妻（被告）とは、いずれも昭和 49 年に同じ団地に転居し、以降隣人として交際を始めた。X 夫妻の子である A は、事故当日、Y 夫妻宅の庭にて Y 夫妻の三男である B と遊んでいた。X 妻が買い物に出かけるために Y 宅を訪れ A を呼んだところ、A がこれを拒んだ。X 妻は Y 夫の口添えもあり、A をそのまま B と遊ばせておき、Y 妻によりしく頼む旨を告げた。Y 妻も子どもたちが 2 人で遊んでいるから大丈夫でしょうと言ってこれを受けた。

X 妻の去ったのち、Y 妻は 10 から 15 分くらいはこどもらが屋外で自転車に乗るなどして遊んでいる姿を視認していたが、その後は屋内に戻っていた。7、8 分後、次の仕事に取り掛かろうとしたところ、B が戻り、A が泳ぐといい池に潜ったきり帰ってこないと告げた（事件は 5 月であつたが、汗ばむくらいの気温であつた）。近隣住民らとともに池を探索したところ、水際から 5～6m、水深 3～4m のところに A が沈んでいるのが発見された。A は、救急車で病院に搬送されたが、すでに死亡していた。

Xらは、Yらに対して訴訟を提起し、同時に市・県・国、そして池を掘削した企業を訴えた。Yに対しては、契約責任ないしは不法行為責任を、その他の者に対しては、不法行為責任を追及し、それぞれ合計で逸失利益 955 万 3075 円、A 本人の慰謝料 500 万円、葬儀費用 30 万円、Xらの慰謝料各 100 万円、弁護士費用 400 万円の支払いを求めた。

〔判 旨〕

一部認容。津地方裁判所は、原告の請求のうち、被告 Y に対する請求の一部のみを認めた。その内容は以下のとおりである。

事実関係からすれば、「X 妻と Y らとの応答は…、近隣のよしみ近隣者としての好意から出たものとみるのが相当であり、X らが A に対する監護一切を委ね、Y らがこれをすべて引受ける趣旨の契約関係を結ぶという効果意思に基づくものであったとは認められないから、準委任契約の成立を前提とする X らの債務不履行の主張は、その余の点につき判断するまでもなく失当である」。

しかしながら、「Y 妻は X 妻が去った後、子どもらが乙地（※事故現場である池に続く空き地）で自転車に乗って遊んでいるのを認識していたのに加え、証拠によれば、乙地と本件池との間には柵などの設備がなく、…子どもらが自由に往来できる状況にあったこと、掘削により水深の深い部分が生じていること、A が比較的行動の活発な子であること、本件池への立入りを厳しく禁じていた B の場合と異なり、A は渇水期には X 夫と共に水の引いた池中に入り、中央部の水辺にまでいつていたことなどを Y らは知っていたものと認められ、かつまた、前認定のように当日は汗ばむような気候であったのであるから、乙地で遊んでいる子どもら、ことに A が勢いのおもむくまま乙地から水際に至り、水遊びを興ずることがあるかもしれないこと、したがってまた深みの部分に入り込むおそれがあることは、Y らにとって予見可能なことであったというべく、そうだとすれば、幼児を監護する親一般の立場からしても、かかる事態の発生せぬよう両児が乙地で遊んでいることを認めた時点で水際付近へ子どもらだけで立至らぬように適宜の措置をとるべき注意義務があったものとおわなければならない」から、このような措置をとらなかった以上、Y らは民法 709 条、719 条に基づく責任を負うべきである。

ただし、Y らの責任の範囲については、「当日 Y ら方は大掃除をしており、Y らも平素に比し多忙であったこと、Y らの応答は諸般の事情から近隣者としての好意に出たものであることは、X 妻においてもこれを認識していた（少なくとも認識しうべきものであった）と認められる以上、A に対する監護のあり方は、現に B と 2 人で遊んでいるのを仕事の合間合間に看守すること以上には期待できない（たとえば屋内に 2 人を入れて面倒をみるなど）事情にあることを知りながら Y らの好意に期待し A を残していったものというべく、そうすると、たとえば有償で看護保育を委託するとき場合と監護のあり方について全く事情を異にするものであることは自明の前提というべきであるから、かかる場合に、よって生じた結果につき、有償の委託の場合などと同様の責任を Y らに負担させることは、公平の観念に反し許されない（いふなれば有償の委託の場合などに比し、義務違反の違法性は著

しく低い) ものというべきである」。「また本件のごとく既存の溜池に近接して造成された土地に居住する以上、不慮の自己のないように子どもに対し、平素から池に対する接し方をきびしく仕付けておくことは親の子に対する監護のあり方として当然なすべき筋合いのものであるところ、同様の年代にある 2 人でありながら、A のみが、泳ぐとって水際から遠浅のところを 5 ないし 6m も池の中央部へ進んで深みに入るという行動に出たことは、Y らに比し、X らの右の点に関する平素からの A に対する仕付けのあり方に至らぬところがあったこともその背景をなしているものと推認できるから、過失相殺の法意を類推し、この点もまた Y らの責任の範囲を考えるにつき斟酌すべき理由の一つとなすべきである」とした。なお、被告である Y らの抗弁において、Y らによる応答は「近隣のよしみによる儀礼的な挨拶であり、法的効果意思を伴うものではない。仮に外形上準委任に該るとしても、無償行為である以上、民法 551 条 1 項、同法 659 条が類推適用されるべきである」と述べている。

そして結局、以上の 2 点を総合考慮し、損害の衡平な分担を考えると、本件事故による損害の分担割合は X ら 7 に対し Y ら 3 とするのが相当であるとした。そして、Y らが負担すべき損害は、慰謝料 955 万 3075 円の 3 割に当たる 286 万 5922 円、慰謝料は A 本人について 100 万円、X ら各 50 万円、葬儀費用 30 万円、弁護士費用は 40 万円とみるのが相当であるとした⁽¹⁴⁶⁾。

④【津地方裁判所昭和 58 年 4 月 21 日判決】判タ 494 号 156 頁

〔事案の概要〕

昭和 51 年 8 月 1 日、「四ツ葉子ども会」が計画実施した川辺でのハイキングに参加した児童 A が、川遊び中、他の児童 2、3 名と岩場を伝い上流に向かっている途中、深みに落ちて水死するという事故が起きた。ハイキングは同会の総会において計画が承認され、行き先の選定については役員会に一任されたため、会長である Y1、書記 Y2、活動指導の中心となっていた Y3 らが下見をして選定した。引率については子どもたちの自主性を尊重するために会の役員だけで行うと決定され、ハイキングには、児童 30 名（小学 1 年から 6 年）、中学生 OB6 名、引率者 11 名が参加していた。

そこで、亡 A の親である X ら（原告）は、引率者ら（被告 1）に対してはハイキングの計画の段階で川遊びの方法や監視の仕方等安全対策について十分検討していなかったこと、川遊び場所を選定するに際して、河床・上下水流の状況を水深・水流を含め調査し、児童・生徒に危険でない場所を選定・変更する義務を怠った点に過失があるとし、また県および市（被告 2）に対して、社会教育奨励に基づいて、体育・レクリエーションの際に、河川等危険区域におけるレクリエーションを禁止する義務があったがこれを怠ったこと、子ども会活動についてその指導者の育成や専門的指導を行うべき義務があるのにこれを怠ったとい

⁽¹⁴⁶⁾ なお、国・県・市・企業に対する請求についてはそれぞれ次のように判断され棄却されている。すなわち、国と県については、本件池を管理していなかったために X らの請求を失当とした。市については、本件池を管理する立場にあったが、その管理に瑕疵がなかったという理由で責任はないとされ、企業についても、事故を防止するために必要な注意義務は存在しなかったとされた。

う点に過失があるとして、それぞれ不法行為責任、国家賠償責任を追及し、Xらはそれぞれ、2516万1360円および2486万1360円の賠償と遅延損害金の支払いを求めた。

〔判 旨〕

裁判所は、まず引率者らのうち、ハイキング場所の選定に関わったY1、Y2、Y3らの責任を認めた。Y3の責任については以下のようにいう。すなわち、子ども会の計画は飯盒炊飯が中心で川遊びは付随的なものに過ぎず、それ自体危険な計画であったとはいえ、また子ども会活動は児童の成長にとって有益であるといえる。しかし、「右計画はいまだ十分な思慮判別に乏しく年少の児童が参加して行われるものであることを考慮すれば、…大人としての引率者において後見的に指導監督し、特に、児童らの身体・生命が重大な危険にさらされることのないように配慮することが必要であることは否定できないし、まさにそれが引率者の役目であるとも言える」。「そうだとすると、いかに川遊びといえども、まず場所を選定するについて実施区域の危険性の有無を十分に調査しておく必要があると認められるところ、…本件ハイキングにおいてはY3らによって事前に現場の下見が行われているが、…川の中に入って水深や水中の状況を確認する等の調査まではしていなかったものの、川底や岩がこけで滑りやすいことやその上流と下流に深みがあることはY3において認識していたことからすれば、このような場所を川遊びの場所として選定するについては、児童に対して実施区域を明確に指示するとともに、児童の年齢構成、行動特徴などからみて、上・下流の深みに入り込むことのないよう監視体制を整えて事故を未然に防止すべき義務があるものと認められる」。そしてY3は、注意事項を十分に伝達せず、監視分担などもせず、Y1およびY2に同意を求めた程度で川遊びを認めたのであり、前記注意義務の違反に当たるとした。Y1およびY2の責任については、両者ともY3とともに場所の選定をしたものであるためにY3と同様の注意義務を負っていたが、川の中の安全性を十分に調査しなかったこと、監視体制をとるなどの対応をしなかったことに過失があるとされた。

その他の引率者については、役員であるものとそうでないものが含まれるが、役員であった者も現場の下見に参加していなかったこと、引率者の中には当日の直前になってから荷物運びなどのために臨時に参加を求められた者もあり、いずれも一般的に引率者として児童の安全に配慮すべき義務は認められるものの、それはあくまでも抽象的な義務にとどまり、本件事故当時、事故を防止するための具体的注意義務があったものと認めることはできないとされた。

県・市の責任については、社会教育法の規定は具体的作為義務の根拠とならないとされ、理由がないとされている。

損害額の算定については、まずA死亡による逸失利益として1553万6862円が認定されたが、これについては、亡Aが9歳であることから少なくとも同年齢の平均的児童と同程度の判断能力を有していたこと、Y3による川遊び指定区域から15mも離れた深みで水死していることから亡Aの行動に逸脱がなかったとはいえないことなどから、損害額の算定についてはこれらを過失として斟酌すべきであるとする。さらに、「本件の場合、無償の奉

仕活動によって支えられている子ども会活動の一環として実施されたものであり、子ども会活動はあくまで子どもの自主的活動を中心とするものであるから、その行事に参加する子どもは、当該行事において、集団の仲間の中で、指導者の助言をうけながら、自主的に仲間と協力し合って行動を共にしてゆくことを了承し、これを前提として参加しているものというべく、…したがって、かかる活動により法益侵害の結果が生じた場合、業としてなされる団体活動（たとえば、本件の場合に比していうならば、施行業者（ママ）によりなされるハイキングツアーなど）に比し、その違法性の程度は著しく低いものと評価すべきであり、まして被害者自身において結果発生の危険性のある状況を自ら作出した場合は尚更のこと」であるとし、損害の公平な分担という見地から、被告らが負担すべき損害の割合を 2 割とするのが相当とした（なお、引率者らは抗弁の一つとして、「被告らは労務の無償給付を行ったものであるから贈与若しくはこれに準じた無名契約とみて、民法 551 条により何らの担保責任を負わないものであり、しからずとしても本件のごとき場合には、責任を問わない慣習が存在する」と述べている）。そして、結局被告らが賠償すべき逸失利益は 310 万 7372 円であるとした。また、亡 A の慰謝料は 50 万円、X らの慰謝料はそれぞれ 50 万円、葬儀費用として 30 万円、弁護士費用として 30 万円が認定された。

（三）行為の無償性を理由に、損害回避の注意義務の存在が否定された裁判例

⑤【鹿児島地方裁判所平成 1 年 5 月 29 日判決】判タ 708 号 213 頁

〔事案の概要〕

A 町内会主催の草刈奉仕作業に従事していた原告 X の妻が、傾斜地での作業中歩道に転落し、脳挫傷により死亡した。X およびその息子は A 町内会の会長である Y（被告）に対し、草刈奉仕作業の対象区域の設定、人員配置、作業内容、手順等について影響力を行使できる立場にあつた他にもかかわらず、危険性の高い傾斜地を対象地域としたこと、危険防止策を策定しなかったこと、住民に対する適切な指導を行わなかった注意義務違反があるとして不法行為責任を追及し、妻の死亡による損害の賠償を求めた。

〔判 旨〕

裁判所は、Y の責任について以下のように述べる。A 町内会が会員相互の親睦を図ることなどを目的とする住民団体であり、その活動は住民の総意に基づき、住民の参加、協力を基礎にしつつ、町内会長以下の役員の無償に近い役務提供により支えられているものであるから、「町内会長の役務提供が無償の奉仕に近いものであること及び参加住民は作業内容の危険性の有無、程度について十分な判断能力を有していると認められることを考慮するならば、本件草刈奉仕作業における事故防止のための責任配分については、町内会長が全面的にその責任を引受けているとみるのは相当でなく、むしろ各参加者においてその責任で自己の能力に見合った場所、作業内容、作業方法を判断して作業を行うことが期待されているというべきであつて、町内会長においては、住民による安全な草刈作業が極めて困難な場所を作業対象地域に含めないよう配慮すべき注意義務があることは勿論であるが、そのよう

な場所でない限りは、事故防止のために必要な用具を備えさせ、これを用いて、作業するように働きかけるなどの一般的な注意義務があるに止まるというべきである」。

そのため、本件傾斜地が草刈作業を行うことが困難なほどの傾斜地とはいえないこと、作業場所の選別は各参加者において行うことが期待されていること、X らは Y に住民の安全な作業についての監視監督義務があったとするが、Y にそこまでの注意義務は要求されないとして、右主張は失当であるとする。

（四）契約関係の不存在を認定し、債務不履行責任を否定した例

判例⑥は、相手方による無償行為に基づいて損害を被った被害者が、相手方に対して契約不履行に基づく債務不履行責任のみを追及したところ、判決においては契約関係の成立が否定され、このために請求が棄却された例である。加害者の責任に関する判断はなされていないものの、無償行為者が果たすべき注意義務について言及している点で注目でき、ここで取り上げることとする。

⑥【東京地裁平成 10 年 7 月 28 日判決】判時 1665 号 84 頁

〔事案の概要〕

脳出血のため A 病院に入院し、左半身麻痺の後遺症のためのリハビリ訓練を経て退院した X（原告）は、その歩行介護のために A 病院を通じ、介護ボランティアの派遣センターである被告 Y1 協会所属ボランティアの被告 Y2 その他 1 名を紹介された。X は Y2 に付き添われて A 病院でのリハビリ訓練に赴き、同訓練を終えて病院玄関に向かったが、Y2 がタクシーを呼ぶために一時 X のもとを離れたところ、X が玄関付近で転倒し右足大腿骨骨折の傷害を負ってしまった。

X は、Y1 に対し、X と Y1 との間で介護者派遣に関する準委任契約（介護者派遣契約）が成立し、Y1 は X の身体に対する危険が生じないよう配慮する義務があるというべきところ、Y1 の履行補助者である Y2 の過失によって本件事故が発生したとし、また、Y2 には X の身体に危険が生じないよう配慮すべき義務があったところ、病院 1 階のエレベーターを降りたところで歩行介護をやめ、本件事故を発生させた過失があるとして、債務不履行責任に基づいて損害賠償を請求した。

〔判 旨〕

請求棄却。東京地裁はまず、X—Y1 間の準委任契約の成立について以下のように述べる。すなわち、「前記認定によれば、Y1 はセンターの事業として『ボランティアの派遣』を行っており、Y2 の本件歩行介護もボランティアセンターから『派遣』された形で行われる世になったものであることが認められるところ、…ボランティア活動は、本来、他人から強制されたり、義務としてなされるべきものではなく、希望者が自分の意思で行う活動であるから、ボランティアセンターに登録したボランティアといえども、ボランティアセンターに対する義務としてボランティア活動を行っているのではなく、ボランティアがボランティアセ

ンターの求めに応じてボランティア活動を行うようになったからといって、Y1 とボランティアとの間に何らかの法律関係が発生するわけではないというべきである」。「…すなわち、Y1 は、ボランティアの派遣依頼の希望に応じて適切な登録ボランティアを紹介するが、ボランティア派遣依頼者に対してその依頼に応じて登録ボランティアを派遣する法的義務までを負うものではない」として、準委任契約の成立を否定し、同契約の成立を前提とする X の主張を退けた。

ただし、無償ボランティアを行う Y2 に求められる注意義務については以下のように言及し、結局 Y2 の過失は否定されるとしている。「ボランティアとしてであれ、障害者の歩行介護を引き受けた以上、右介護を行うに当たっては、善良な管理者としての注意義務を尽くさなければならず（民法 644 条）、ボランティアが無償の奉仕活動であるからといって、その故に直ちに責任が軽減されることはないというべきであるが、もとより素人であるボランティアに対して医療専門家のような介護を期待することはできないこともいうまでもない。例えていうならば、歩行介護を行うボランティアには、障害者の身を案ずる身内の人間が行う程度の誠実さをもって通常人であれば尽くすべき注意義務を尽くすことが要求されているというべきである」とし、無償ボランティアといえども 644 条に規定される注意義務を要求されるが、医療に関する専門家でないボランティアには相対的に医療従事者ほどの注意義務を期待できないとしている。そして事案では Y2 にこの注意義務違反はなかったとした。

二 検 討

先に挙げた 6 つの判例は、いずれも無償行為が原因となって損害が発生したという事例に関わる。上記裁判例は、注意義務の有無と責任の範囲について、3 種に分類できる。いずれも加害者側の好意や無償性が判断要素に含まれている点で共通するが、その評価は大きく異なっている。すなわち、好意や無償性を判断要素としながらも、損害回避の注意義務を認定するもの（①・②）、注意義務を認定しつつ、「損害の公平な分担」という見地から、好意や無償性を一つの評価として責任（損害賠償）の範囲を制限するもの（③・④）、そして、好意や無償性という要素を一理由とし、そもそも注意義務の存在を否定するもの（⑤）である。判例⑥では、被害者が契約責任のみを追及し、裁判において契約関係の成立が否定されたことから請求が退けられているが、無償のボランティアという事実が直ちに責任や注意義務の制限を導くわけではないが、無償行為者が非専門家である場合には、専門家と同等の注意を求めることはできないとも指摘されている。

（一）契約の成立について

まず、契約関係の成立について検討する。先に挙げた各事例では当事者間に一定の契約関係が成立しているとも見受けられるものも見られる。たとえば、判例①や③では幼児の一時預かりに関して、判例②や④では子どもの引率、そして判例⑥では後遺症患者の介護に関し

てそれぞれ当事者間の関係から無償準委任契約が成立しているとも考えることができる。特に判例①では、裁判所自ら「好意的協定関係」が当事者間にあったとしている。しかしこのような好意関係がどのような意味を持つのかについては明らかでない。個々の裁判例では、いずれについても契約関係の存在が否定されているか、あるいは当事者によってそもそも問題とされていない。6つの裁判例のうち、損害を被った被害者が契約関係の存在を理由に債務不履行責任を（合わせて）追及した例は判例③と⑥のみである。判例③および⑥では、それぞれ幼児の一時預かりと後遺症患者の歩行介護についていずれも準委任契約が成立していたと被害者側から主張された。これにつき判例③では、当事者間の応答は「近隣者としての好意から出たものとみるのが相当」であり、「原告らが子どもに対する監護一切を委ね、被告らがこれを全て引受ける趣旨の契約関係を結ぶという効果意思に基づくものであったとは認められない」として、準委任契約の成立を否定した。また、判例⑥では、「ボランティア活動は、本来、他人から強制されたり、義務としてなされるべきものではなく、希望者が自分の意思で行う活動であるから、ボランティアセンターに登録したボランティアといえども、ボランティアセンターに対する義務としてボランティア活動を行っているのではなく、ボランティアがボランティアセンターの求めに応じてボランティア活動を行うようになったからといって、被告協議会とボランティアとの間に何らかの法律関係が発生するわけではなく、このことから、「被告協議会のボランティアセンターが、ボランティア派遣依頼者の求めに応じてボランティアを『派遣』することになっても、右によって、被告協議会とボランティア派遣依頼者との間に、ボランティアの活動を債務の内容とするような準委任契約が成立するとみることはできない」とされている。なお、判例①では判決理由の中で、当事者間に「好意的な協定関係」があったとされているが、709条のみが問題とされていることから契約関係の成立を認めたわけではないようである。この点、とくに判例③のいわゆる隣人訴訟において、裁判所が当事者間に契約関係（準委任契約）の成立を認めなかったことに対して批判的な見解も見受けられる。たとえば森島昭夫教授は、この判決について、「善良なる管理者の注意義務を要求されない準委任契約の成立」を認めてもよかったのではないかとされている⁽¹⁴⁷⁾。

(147) 星野英一編『隣人訴訟と法の役割』（有斐閣、1984）20頁以下。なお、星野博士も森島教授と同様の見解のようである。隣人訴訟における責任構成については、森島教授のように契約責任構成とすべきという見解のほか、判決を支持し不法行為責任構成を主張しつつ、好意という要素を考慮して具体的過失を注意義務違反の基準とすべきとされる加藤教授の見解（同「判批」判タ507号（1983）106-107頁）や、契約責任と不法行為責任との中間責任的構成を支持される伊藤高義教授の見解（同「隣人訴訟」『民法の争点（新版）』（有斐閣、1985）208頁）がみられる。好美清光博士は、契約責任の否定を妥当としつつ、不法行為責任を認めたことについて、不作為不法行為の前提となる作為義務違反という観点から疑問とされる（同「隣人訴訟判決の問題点」ジュリスト793号（1983）42-43頁）。なお、ドイツでは好意に基づく当事者の関係を、契約関係から日常生活における事実関係まで分類する傾向がみられる。ここで挙げた各裁判例のように、当事者間に幼児の監護や子どもの引率、後遺症患者の介護について何らかの意思のやり取りはあったが、「法律的效果意思」が欠けているために契約関係が成立しないという場合は、ドイツでは法律拘束意思 *Rechtsbindungswille* の欠如の場合として理解されている（これについては瀬川信久「子どもを好意で預かった場合の保護義務」加藤一郎＝水本浩編『民法・信託法理論の展開』（弘文堂、1986）63頁以下、*Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 21. Aufl., 2007, Rn. 364 ff.*を参照）。そしてこの意思が欠如している場合には、当事者間で一見して申込と承諾の一致があったとしても、それに基づいて

（二）注意義務の存立根拠とその違反の有無

ここで取り上げた各判決では、いずれも当事者間に契約の成立はなかったとされた事例である。しかし、判例⑤を除いて、いずれの裁判例でも好意により行動した加害者側に損害回避のための一定の注意義務の存在を認定し、さらにその違反あったとしている（判例⑥は注意義務の存在を認めたものの、被害者が契約責任のみ追及していたために、責任を認めるには至っていない）。そこで、上記各判例において、それぞれ加害者側にいかなる注意義務がいかなる根拠に基づいて存在するとされたのかが問題となる。

注意義務の存立根拠に従って上記各判例を整理すると、判例①を除くすべての例が、加害者が置かれた事実的状况から一定の注意義務の存在を認めている。すなわち、判例②では子どもを一時的にせよ預かった者は、子どもに危害が及ばぬよう配慮すべきとされ、さらにこのことは幼児預かりに関する当事者間の契約の有無に左右されないと示唆している。判例③でも、「子どもを預かる親一般の立場」という観点から、子どもに危害が及ばないように配慮すべきとされ、判例④でも、子どもの引率者・ハイキングの計画者としての立場から、危険防止のための義務があるとされている。判例⑥では、無償のボランティアといえども注意義務を直ちに軽減されるわけではなく、644条に従って善良なる管理者の注意義務を要求されるとするが、しかしその一方で、無償のボランティアに専門的医師に対して要求される注意義務を求めることはできず、「歩行介護を行うボランティアには、障害者のみを案ずる身内の人間が行う程度の誠実さをもって通常人であれば尽くすべき注意義務を尽くすことが要求されているというべき」ともされている⁽¹⁴⁸⁾。

判例①では、事実認定を踏まえて当事者間に「好意的協定関係」があったとされ、加害者はこの協定関係の趣旨に沿うべき義務があり、これをもって一定の注意義務が課されるとされている。

判例⑤では、町内会の草刈作業に参加し、作業中の事故により被害者が負傷した事案につき、町内会長は、町内会長という職務の無償性のために、作業参加者に対して作業場所の割当てやその内容に配慮し危険が生じないように注意する義務はなかったとされた。ただし、判旨では職務の無償性ととも、作業への参加、作業場所の選定が参加者の任意に委ねられているという点も考慮して、町内会長の注意義務の認定がなされているようである。

このように、契約関係はなくとも一定の事実状況に置かれた者は、その状況下で要求される注意（子どもの監護など）を果たすべきこととされているようであり、また行為の無償性や好意といった観点から、直ちに注意義務が軽減されるわけではないということも一般的

は契約関係は生じず、事実的な好意協定関係 *Gefälligkeitsverhältnisse* が生ずるとされる。ドイツでも、契約外での責任判断に際して、好意という要素をいかに評価すべきかが問題とされている。これについてはたとえば *Klaus Schreiber, Haftung bei Gefälligkeiten, JURA 2001, 810 ff.* 参照。また、委任と好意関係について一木孝之「無償委任の法的性質—「契約成立」に関する一考察（１）・（２）・（３・完）—」早稲田法学 76 巻 2 号・4 号・77 巻 1 号（2000・2001・2001）113 頁以下、19 頁以下、51 頁以下参照。⁽¹⁴⁸⁾ ただしこのことが、無償ボランティアとしての介護給付を目的とする準委任契約（あるいは無名契約）が締結された場合のことであるのか、契約関係が認められないとしても、介護給付という事実関係においても要求される義務であるのかははっきりしない。おそらくは後者であると思われる。

に述べられているといつてよい。

（三）責任範囲の判断について

以上から、各判例における加害者の責任についての判断に関して全体的な傾向をみるに、好意から無償で何らかの行為をし、それが原因で損害が生じた場合において、加害の原因が無償行為にあるといえども、加害者につき損害回避のための注意義務が一般には認められるといえる。幼児の預かりや子どもの監護など、危険に接近しやすい子どもに関わる事故が多いという特殊性はあるものの、加害者に損害回避のための注意義務を認め、多くの事例でその注意義務違反につき過失があると認定されている。この点で、「好意」や「無償」という要素のみでは、直ちに注意義務を否定しあるいは軽減するような傾向はないといえる⁽¹⁴⁹⁾。他方で判例③および④に顕著であるが、好意や無償性を責任の範囲、すなわち、加害者が負担すべき損害の範囲を考慮するにあたって評価対象に含め、もって賠償責任を軽減するという傾向も読み取れる⁽¹⁵⁰⁾。しかも、そこでは幼児や子ども、後遺障害患者の身体の安全といった重大な利益の保護が問題となっていることとは必ずしも直結していない。

もちろん、このことをもって、好意や無償という要素が責任範囲の判断に影響すると即断することはできない。たとえば、友人等が無償で車に同乗させ目的地まで送る際に事故が発生し、無償で同乗している者に損害が発生するような場合、いわゆる好意同乗という問題が生ずるとされるが、裁判例・学説ともに被害者が無償で同乗していること、加害者（運転者）が無償で同乗を認め、好意を示していたことのみをもって加害者が負うべき責任を軽減するといった方向性は見出されないとされている⁽¹⁵¹⁾。たしかに、上記各事例においても、損害発生の様態、加害者が無償で相手方のために一定の行為を果たすに至った事情や、好意が示される経緯などがさまざまである以上、好意や無償性といった要素が含まれていること

⁽¹⁴⁹⁾ 隣人訴訟に関しては、前掲注(147)諸掲の各文献のほか、小島武司＝C・アティアス＝山口龍之『隣人訴訟の研究』（日本評論社、1989）3頁以下も参照。星野編・前掲注(147)所収の座談会でも、同裁判例において問題となった加害者の注意義務の程度について意見が交わされている（星野編・前掲注(147)20頁（森島昭夫発言）、同148頁（星野発言）など）。一方、好意や無償性といった要素も考慮して、過失相殺法理を用いて損害賠償責任を調整した点については、その可否などはあまり議論の対象となっていないようである（星野編・前掲注(147)34頁以下、54頁以下、163頁以下など）。なお、加害者の好意といった点は、陪審裁判においては陪審員が賠償額減額のための一要素として評価する傾向にあることが指摘されている（小島ほか・前掲98頁）。前掲注(147)および本注に諸掲の論文のほか、隣人訴訟を扱うものとして、古崎慶長「重要判例解説」季刊実務民事法5号（1984）230頁以下、河上正二「民法の意義と機能」法学セミナー48巻5号（2003）66頁以下、安西明子「隣人訴訟」法学教室350号（2009）18・19頁などがある。

⁽¹⁵⁰⁾ 判例①および②では、注意義務の存在と加害者によるその違反が認められたが、少なくとも②では加害者側は抗弁として預かり行為の好意性や無償性を理由とした注意義務（違反）の不存在、賠償責任の軽減を主張していない（①については、当事者の主張が明らかでない）。

⁽¹⁵¹⁾ 好意同乗については、前田陽一「特別な人間関係と不法行為」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』（有斐閣、2007）294・295頁参照。好意同乗も、加害者側に好意や無償性といった要素が認められうることから本稿にとっても参考となると思われるが、責任保険制度との関係（保険金給付のために加害者の過失を認定するという特別な事情）もあるために、本稿では直接は扱わないこととする。星野編・前掲注(147)48頁以下、前田・前掲295頁参照。

からただちに加害者の注意義務や好意に対して配慮すべきという結論にはなりえない⁽¹⁵²⁾。ただし、そうだとした場合も裁判例において行為や無償性という要素を、責任範囲の判断に当たって、その制限のための評価要素の一つとして扱っているものもあるということも事実であるといえよう。

VI 小 括

以上、日本法において無償契約の債務者に関する責任制限についての議論を整理した。学説では、大きく分けて①551条1項における贈与者の責任制限規定の解釈問題と②無償委任契約において受任者の責任や義務を制限すべきか否かが主として論じられている。すなわち551条1項の規定する責任の性質や、瑕疵について善意である贈与者がその責任を免れる範囲、瑕疵について知りながら告げないという場合に贈与者が負うべき責任の内容、そして無償委任契約において659条を類推するなどして注意義務の軽減を図るべきかどうか、ということについて問題とされている。以下では、無償契約債務者の責任制限規定の根拠がどのように考えられているのかについて整理し、そして担保責任に関して制限される責任の性質、責任制限の及ぶ射程など、さらに委任と寄託における注意義務に関して簡単に整理を行いたい。そして最後に、独仏における無償契約債務者の責任制限法理の現状との対比を端的に試みる。

一 旧民法における無償契約債務者の責任制限規定

旧民法においても、現行民法と同様に無償契約の債務者について、その責任を制限する趣旨の規定が置かれていた。特に、財産編において有償契約と無償契約とで担保責任の有無や注意義務に差異を設けていることが特徴的であった。さらに各契約類型においても、とりわけ寄託契約と委任契約とに特徴のある規定があることが分かった。

(一) 制限の根拠について

旧民法においては、一般に契約の恩恵性であるとか、債務者の好意を理由として無償契約債務者の責任や注意義務が軽減されていた。また、原則として無償契約であっても善良なる管理者の注意義務を負うが、無償の場合には過失の判断を寛大に行うとされる委任契約でも、無償委任はより受任者の「好意が篤い」ためにこのような措置を設けると説明されている。

⁽¹⁵²⁾ この点、判例⑤では無償で町内会長を務める被告に損害回避のための方策を果たすべき様な注意義務はないとされているが、事故の原因となった草刈作業への参加が各住民の任意であったといった事情も考慮され、町内会長である被告の責任で損害を生じさせないようにするというより、損害の回避は個々の参加者の責任に委ねられていたと評価されたが故のこととも考えられる。注意義務の有無の判断については、①～④に現れているように、好意や無償という要素をもってして、直ちに損害回避のための注意義務が免除・軽減されることはないというのが裁判例の傾向として読み取れる。

（二）担保責任について

1 責任の性質

旧民法では、無償契約では原則として追奪担保責任が制限されるとあり（財産編 396 条）、無利息消費貸借（取得編 182 条）や使用貸借（取得編 204 条）、そして贈与（取得編 351 条）に関する取得編の規定でさらに担保責任に関する準則が定められている⁽¹⁵³⁾。すなわち、贈与者や消費貸借貸主、使用貸借貸主は、原則として追奪担保責任などを負わないが、瑕疵を知らずに告げないという場合は例外となるとされている。しかしこの場合に帰責される責任は、契約の片務性を強調することで、契約責任ではなく不法行為責任であるという理解が一般的であった。

2 制限の範囲

それでは、旧民法において原則として制限される担保責任によって、具体的にはどのような損害がその制限される責任の対象であると考えられていたのでしょうか。無償契約債権者は恩恵的に利益をただ受けるため、目的物に瑕疵があり、あるいは追奪を受けるなどしてもそれを甘受せよということであるが、たとえば目的物の瑕疵から拡大的结果的に損害が生じた場合にも、免責の対象となるのでしょうか。しかしこの点について言及するものはほとんど見当たらないために詳細は不明である。

3 要件について

旧民法では、無償契約において債務者が担保責任から免れるためには、原則として瑕疵について善意である必要があることとなり、債務者に「詐欺」や「害意」がある場合にはこの限りではないということになる。とくに害意という要件について、ボアソナードは、単に瑕疵の存在を知っていたという悪意では足りず債権者に積極的に損害をもたらすという意図が必要であるとしていたことに注目できる。その他、たとえば債務者側に瑕疵を知らないことに関して過失がある場合などはどうであろうか。これについて、たとえばボアソナードは善意でありさえすればよく、善意有過失であってもよいとされる。

（三）注意義務について

委任契約と寄託契約とは、旧民法においても他人のために一定の行為を行う契約であったが、現行民法と同じように注意義務に関して対照的な規定が置かれていた。すなわち、委任契約では原則として無償であっても善良なる管理者の注意義務を負うが、ただし無償委任であれば過失の評価を寛大に行い、寄託では無償類型のみが規定され、さらに注意義務を自己の財産に対するのと同じの注意へと軽減している。寄託契約について受寄者の注意義務が制限されている理由は、通常の場合寄託者は受寄者が普段どのような注意をもって物

⁽¹⁵³⁾ ただし、贈与に関する規定においては瑕疵担保責任に関する定めがなく、財産編 396 条による担保責任に関しても、瑕疵担保を含まないと理解されていた。

を保管するかを知って契約を申し込むのであること、そして無償であるにもかかわらず受寄者に高度の注意義務を要求すると却って契約の締結を承諾する受寄者が少なくなってしまうことが挙げられている。他方で委任契約において受任者の注意義務を原則として制限していないのは、受任者は委任者のために委任者の利益を最大限に実現するために行うので、高度の注意義務が要求されるというものであった。しかし、委任が無償である場合には、注意義務こそ軽減されないが、裁判官が過失を判断するにあたってより寛大であるべきとされ、それというのもともと委任契約そのものが好意によって成り立つ契約であるが、無償委任の場合にはそれがより一層表れるからであるなどと説明されている。

二 現行民法立法過程における無償契約債務者の責任に関する諸規定

無償契約において債務者の責任や注意義務に配慮するということは、現行民法にもみられるところである。さらに現行民法立法過程における議論では、いくつか注目すべき立法者意思が表れていたことがわかる。

(一) 制限の根拠について

旧民法では一般に無償契約における債務者の好意といった点に着目されていたが、現行民法を起草した立法担当者らの意見を見るに、債務者の好意といった点よりも、主にそれぞれの契約における当事者意思を推定してそれぞれの規定を置いたということがわかる。

たとえば贈与では、一般に外国法のように贈与を軽いものとはせず、債務不履行責任を負うための基準を緩和するなどの措置は設けないと明言され、しかし担保責任に関しては、贈与の性質や「それだけのものをもらう」という当事者の意思から担保責任を原則として制限するという意図であった。また、寄託に関しても、無償寄託の場合には寄託者が受寄者の普段の注意を知って寄託することが通常であり、そしてそれ以上に受寄者に注意義務を要求することは酷であって当事者意思に合致しないというものであった。

委任契約では、旧民法とは異なって無償委任契約の場合の特別規定などを置いていないが、これは立法者が報酬の有無によって注意義務などに差異を設ける規定を「煩わしい」区別と考えたためであり、そして特別な理由がない限りは無償契約の債務者でも 400 条に従って善管注意義務を負うのが原則であると考えられたためである。

(二) 担保責任について

贈与者の担保責任を原則として制限する規定である 551 条 1 項の立法過程では、特にこの責任制限規定の射程について注目すべき議論が見受けられる。

議事速記録によれば、現行 551 条 1 項によって贈与者が責任を免れてよい場面について質問がなされ、議論が展開されている。たとえば贈与した鉄砲がさびていたために暴発した場合や、伝染病患者が着ていた着物を贈与したために、受贈者が感染して死亡した場合などである。これらの場面では、立法者によれば贈与者が瑕疵について知らない限りはその責任

を免れると述べている。このため、立法者の意図としては、目的物の瑕疵のために拡大的に受贈者の完全性利益に損害が生じたとしても、贈与者が瑕疵について善意である限り（＝551条1項本文の要件を満たす限り）そのような損害についても責任なしと考えられていたこととなる。また、梅博士によれば、贈与した土地等が追奪を受けた場合で、贈与者が第三者の所有物であることを知りながら黙秘していたような場合には、損害賠償の範囲はその目的物の全価額であるとされる。

このように、551条1項ただし書に基づく担保責任の効果としては、現在の通説のようにいわゆる信頼利益にとどまるのではなく、瑕疵によって生ずる全損害が免責の対象となり、また瑕疵を知りながら黙秘していたことによって生ずる全損害が賠償の対象となっていたようである。

（三）注意義務について

現行民法が起草される際、債務者が債務の履行につき果たすべき注意義務は善良なる管理者の注意義務であるとされ、このことは無償契約の債務者であっても変わらないとされていた。すなわち、およそ債務者である以上は善良なる管理者の注意義務を果たすべきといわれていた。委任契約では、無償委任の場合に受任者の過失判断を緩やかに行うべきとする旧民法の規定に対し、立法者はこれを煩わしい区別として退ける。しかし寄託に関しては、すでにみたように立法者自身が上記原則からの例外を認める必要があるとされ、無償寄託の債務者である受寄者は、自己の財産に対するのと同じの注意のみ寄託物保管に用いれば足りるとされた。その理由は、寄託者は無償寄託を申込む際には、受寄者が普段用いている注意の程度を知って申込むために受寄者に高度の注意義務を要求するという意思が当事者にないためとされている。

三 現在の議論

立法者によれば、無償契約といえども原則として400条に従って善良なる管理者の注意義務を負うとされ、現行民法は基本的には旧民法や諸外国に比べて無償契約における債務者をそれほど優遇してはいない。他方で現在の議論を見るに、659条による注意義務の軽減を無償契約の一般法理とみて無償契約債務者一般の責任制限を図ろうとする見解、無償委任に関しても注意義務を軽減すべきという見解もあるなど、有償・無償という契約形態の相違に着目して債務者の責任や注意義務にも差を設けようとする志向も見えて取れる。

551条1項をはじめとする贈与者の担保責任の制限に関わる問題については、570条における法定無過失責任たる担保責任とパラレルに考えて法的性質等を構成する説が圧倒的多数である一方で、立法者の見解を参考に積極的債権侵害論を取り入れる見解や、これを担保責任の制限とは見ずに債務不履行責任（不完全履行責任）の制限であるとして415条に対する例外とみる見解など多くの見解が林立しているという状況にある。

(一) 贈与契約における責任制限について

1 制限の根拠について

贈与者が担保責任を制限される理由としては、大きく①当事者の意思によるというもの
と②契約の無償性＝対価が存在しないことによるというものがある。特に②の見解を主張する者は、570 条にいう売主瑕疵担保責任を対価的均衡維持のための法定無過失責任たる担保責任ととらえたうえで、これと 551 条 1 項にいう担保責任とをパラレルに考えるため、551 条 1 項で担保責任が制限されている理由も無償契約である贈与契約では対価が存在せずその牽連関係を維持する必要がないためととらえられている⁽¹⁵⁴⁾。

2 贈与者が責任を負う基準について

原則および立法者の意思に鑑みれば、贈与者は無償契約の債務者であるといえども特定物引渡しの際には 400 条に従って善管注意義務を用いた保管義務を負い、遅滞や不能の場合には 415 条の基準に従って責任を負うこととなる。

現在では、少数ではあるものの、659 条の規定を準用・類推して贈与者ほか無償契約の債務者一般も自己の財産に対するのと同じの注意さえ果たせばよいとする見解もあり、さらには、外国法（とくに BGB521 条）を参考に、贈与者は一般に故意または重大な過失がなければ責任を負わないと考えるべきとする有力な見解もある⁽¹⁵⁵⁾。

契約の有償無償という差異を、債務者の責任や義務内容にも直結させようとする中で、このように諸外国法や無償契約債務者の責任制限規定の趣旨を拡大し、無償契約債務者の一般法理としての責任制限を実現しようとの志向が読み取れる。

3 担保責任の性質について

最も見解が分かれているのはこの点についてである。多数の見解はこれの責任をいわゆる担保責任と捉えるものの、その担保責任がいかなる性質であるのかについて理解が分かれている。その中でも多くの学説は、551 条 1 項にいう担保責任を 570 条にいう法定無過失責任たる担保責任であると理解し、担保責任の射程などもそれに準じて構成している。すなわち、551 条 1 項によって原則として免除され知らず知らずのうちにという基準によって帰責される担保責任に基づく損害賠償の対象を、信頼利益に対する損害であると理解する。

⁽¹⁵⁴⁾ なお、551 条 1 項にいう責任をいわゆる担保責任ではなく債務不履行責任としてとらえる見解も、対価がないことに制限の根拠を求めることはできないであろう。事実加藤教授は、教授の唱える担保責任の法的性質論に立脚し、対価の存在しない無償契約である贈与契約では、そもそも担保責任自体が成り立たないものとされ、そのことから 551 条 1 項の性質論を導かれている。加藤・前掲注(56)178-179 参照。

⁽¹⁵⁵⁾ ここで、自己の財産に対するのと同じの注意を負うべき場合（具体的軽過失）と故意または重大な過失のためにのみ責任を負うべき場合とではどのような相違があるのであろうか。それぞれの論者においては、これら 2 つの概念が明確に区別されているようである。この点、たとえば岡教授は、これら 2 つの概念は、実際にも証明が困難であるために差異はないとされる（同・前掲注(79)87 頁）。しかし、自己の財産に対するのと同じの注意は、問題となる当該債務者の個別的注意が標準となるのに対し、故意または重過失という場合には、一般人を基準としてその者さえ果たすであろう注意を果たさないことと理解される。そうであるとすれば、いわば注意義務の基準の問題と帰責事由判断との問題とを同一平面で論じようとすることは聊か早計であるようにも思える。

しかし、不特定物にも適用があるかどうか、拡大損害による完全性利益侵害に基づく損害にも 551 条 1 項の適用があるかどうかについて、意見の相違がみられる。

一方で、梅博士や来栖博士、三宅博士らの見解は、551 条 1 項による担保責任によって把握される損害を、目的物の瑕疵によって生ずる完全性利益侵害による損害であるとか（来栖博士など）、あるいはそれをさらに超えて、履行利益や目的物の本来の価額をも含めたいわば目的物の瑕疵によって生じうる全損害が 551 条 1 項によって把握されるとする見解（梅博士、三宅博士）も見受けられる。

さらには、財産権＝財産的価値の移転という贈与契約の特徴を重視してか、目的物に瑕疵がある場合に問題となる損害を差額賠償であるにとらえる見解もある。この見解では、完全性利益侵害に対しては 551 条 1 項以外の責任規範によって対応すべきであるとされている。

また、551 条 1 項にいう責任を担保責任ではなく不完全履行責任による債務不履行責任のための責任制限や、「知りながら告げない」という点に着目していわゆる契約締結上の過失責任に対する原則責任免除および例外的帰責を定めているものと解する見解もある。たしかに、551 条 1 項の条文自体には、「物又は権利の瑕疵又は不存在」とあるだけであり、解釈によってはこのように理解することも可能ではある。しかしこのような場合、不完全履行責任に対しては免責がなされるのに、同じ本旨不履行である遅滞や不能に対しては全くなされないというバランスをどうするのかという疑問もないではない。ただし、この立場に立つ論者の中には、659 条を準用するなどして贈与者の債務不履行責任一般を故意または重大な過失のある場合に限定しようとするものもある⁽¹⁵⁶⁾。

なお、551 条 1 項ただし書によって生ずる責任を、担保責任でも債務不履行責任でもなく、不法行為責任と理解する見解もある。旧民法においても、消費貸借や使用貸借に関する議論において、契約の片務性を強調してこのような見解を主張する論者もいたが、契約法規定によって不法行為責任が生ずるとの理解に対してはにわかには賛同しがたいように思える。

4 他人物贈与と 551 条 1 項の適用について

学説では、自己の物として贈与したが実は他人の物であったという場合に 551 条 1 項が適用されるか否かについて若干の議論がみられる。この場合に少数ではあるが有力な見解によれば、実際には他人の物であったとしても自己の物として贈与したのであれば 551 条 1 項の適用があるとされている⁽¹⁵⁷⁾。ドイツ法においても、権利調達義務と贈与者の担保責任制限との関係に関する判例および学説における議論がみられたところであり、参考とす

⁽¹⁵⁶⁾ 山中・前掲注(99)257 頁、加藤・前掲注(56)178 頁など。

⁽¹⁵⁷⁾ なお、これらの学説も主張するように、他人の物から財産を取得して贈与することが合意されていたのであれば、贈与者には権利の取得義務が生ずるのであり、結果として取得できなければ単なる債務の不履行として判断されるべきであろう。問題となるのはあくまで自己の物として贈与した場合に実際には他人の所有物であったという場合に、他人の所有権の存在に関して善意あるいは悪意の贈与者がどの法準則に従って責任を判断されるべきなのかである。

べきである⁽¹⁵⁸⁾。

(二) 委任契約における注意義務の軽減について

委任契約では、すでにみたように 644 条に従い無償受任者でも善良なる管理者の注意義務を用いなければならないとされている。しかし比較的近時の見解は、多少とも無償委任の場合（あるいは報酬が低廉である場合）において受任者の注意義務が軽減される場合もあるとするものが多い。そのような場合には、当事者間に明示または黙示の注意義務軽減に関する特約が存在すれば、注意義務の軽減を認めてよいという点では、ほぼ一致している。当事者間に特約が存在する以外にも、C.C.1992 条 2 項などを参考として無償委任の場合には過失判断を寛大に行うべきであり、損害賠償の範囲を縮減すべきとする見解、さらに進めて、無償受任者の注意義務それ自体が軽減されてよいとする見解もある。

これについては、当事者の合意解釈レベルで注意義務の軽減を認めるか、さらに進んで 644 条の解釈として、無償委任には高度の注意義務が課されないとするべきかという 2 つの構成が学説上主張されている。

(三) 無償寄託における注意義務の軽減について

無償寄託においては、659 条が受寄者の注意義務を軽減することを明記するが、その理由については多くの教科書類では「無償のため」とするのみである。しかし、いくつかの学説では、立法者と同様に寄託契約を締結する際の寄託者と受寄者の意思を推定して無償寄託の場合には受寄者の注意義務軽減を適当であるとする見解と⁽¹⁵⁹⁾、無償寄託の場合には、債務者＝受寄者に好意があるためにその責任を軽減することが当然であるとする見解とがみられる⁽¹⁶⁰⁾。

ドイツ法においては、BGB690 条による無償受寄者の注意義務軽減が、たとえば保護義務や付随義務などの給付義務以外の義務、そして不法行為責任などにも拡大して適用されるかどうか議論されていた。一方で日本ではこのような問題について直接に論ずる見解は少ないが、辻教授はドイツ法、とりわけ *Schlechtriem* の見解に依拠されて以下のように述べられる。すなわち、給付義務以外の完全性利益侵害が問題となる場合には、無償契約が前提として存在することから実質的な責任調整はありうるものの、契約責任ではなく不法行為責任が問題となるべきであり、寄託契約における給付義務違反としての完全性利益侵害が問題となる場合で不法行為責任が競合して問題となるときには、659 条が適用されるべきとされる⁽¹⁶¹⁾。

⁽¹⁵⁸⁾ これについては第 3 章 II—二参照。

⁽¹⁵⁹⁾ 梅・前掲注(34)768-769 頁、岡松・前掲注(119)次 312-次 313 頁、来栖・前掲注(49)591-592 頁。

⁽¹⁶⁰⁾ 平野・前掲注(90)658 頁、加藤・前掲注(56)444-445 頁。

⁽¹⁶¹⁾ 辻・前掲注(54)185-186 頁および 188 頁注(43)。

四 独仏法との対比

第3章、第4章、そして本章の整理を通じて、日独仏における無償契約債務者の責任制限に関する各国の現況を明らかにすることができた。そこでここでは、各国法における無償契約債務者の責任制限法理の特徴について整理し、簡単な比較を行いたい。

(一) 法律上責任制限が認められる無償契約類型について

民法典上どの無償契約類型について、責任制限を認めるかに関しては、それぞれの法において少し異なっている。まず、各国において共通するのは、使用貸借および無償寄託において債務者の責任や注意義務を軽減する趣旨の規定がおかれていることである。一方で、無償委任において債務者の責任に配慮する（過失評価を緩和する）という規定を設けているのはC.C.のみであり、他方でBGBでは消費貸借契約における貸主の責任を制限する趣旨の規定は置かれていない。また、贈与者の担保責任に関しては、日本民法とBGBがこれを定める一方で、C.C.には贈与者の責任や義務に関する規定そのものが欠けている。

ただし、日独においても、無償受任者は常に高度の注意義務を負うわけではなく、場合によっては注意義務が軽減されてよいとする学説も見受けられ、仏法においても、贈与契約において債務者の責任を制限する趣旨の判例法理が存在することが示唆されている。

以上のように、各国の法典を比較すると、無償契約の債務者についてどの累計の契約で責任の制限を規定するかについて若干の差異は見られるものの、判例や学説では、無償契約であるということを理由として、債務者に何らかの配慮をするという試みが見られ、このことから、有償と無償という対比において、無償契約の場合には債務者の責任はより軽減されて捉えられるべきという一致した方向性が見出される。

(二) 責任制限の対象となる責任の性質について

一定の無償契約類型において、各国民法典では債務者の責任や注意義務が軽減されると規定している。これに関しては、とくに契約の目的物に瑕疵があった場合、無償契約の債務者はそのために責任を原則として負わないとする規定が各国において一致してみられる。そのことから、ここではとくに担保責任に着目して、契約の無償性を理由として原則として制限され、瑕疵を知らずながら黙秘していたことなどを理由として帰責される担保責任の法的性質について、比較を試みる。

1 BGBにおける担保責任の制限について

まず、ドイツにおいてはそもそも贈与者が自身の財産から目的物を給付するのか（BGB523条・524条各1項）、あるいは贈与を約束したのち、他人の財産から目的物を取得して給付するのか（BGB523条・524条各2項）によって、担保責任の制限および帰責の要件のみならず、その効果さえも区別している⁽¹⁶²⁾。このことから、前者の場合と後者の

⁽¹⁶²⁾ 前者の場合は、悪意による黙秘という要件での帰責、信頼利益に対する損害の賠償に限定される。一

場合とで、そもそも担保責任の法的性質が異なるものとなっているといえる。自己の財産から目的物を贈与する場合には、「贈与者はその目的物があるがままにのみ贈与する意図」であり、瑕疵なき物の給付義務を負わず、そのために目的物に瑕疵があったとしても、原則として責任を負わない。ただし、目的物の瑕疵を知りながら告げないという場合には、信託利益に対する損害についてのみ、賠償の義務を負う。このことから、1項の責任は、給付義務違反とは別個の責任原理に基づく責任であることが推察される。他方で、他人の財産から目的物を取得してのち贈与を行うという場合、目的物の瑕疵について「悪意あるいは重過失不知」であった場合には、代物請求権や不履行のための損害賠償請求権を債権者に認める。すなわち、2項では、軽減されているとはいえ贈与者に瑕疵なき目的物を取得し給付する義務があるとしていると指摘でき、まさに給付義務違反に基づく責任が問題となっているといえる。

2 C.C.における担保責任の制限について

フランスにおいては、C.C.1891条および1898条において、使用貸借および消費貸借の貸主の目的物の瑕疵のための責任を原則として制限する趣旨の規定を置いている。しかし、同規定からはここで制限を受ける担保責任の性質は必ずしも明らかではない。フランス法における売主担保責任論においては、一応担保責任を債務不履行責任と別個の責任と構成する説が多いとされているものの⁽¹⁶³⁾、そもそも担保責任の法的性質論、債務不履行責任との体系的関連を論ずることそのものに消極的であるという指摘もある⁽¹⁶⁴⁾。ただし、売主担保責任の効果について、売主が瑕疵の存在について悪意である場合には、損害賠償の範囲が拡大すると規定されている点には注目できる⁽¹⁶⁵⁾。それというのも、C.C.1891条が問題となった判例をみるに、判例では目的物の瑕疵からどのような損害が生じようとも、貸主がC.C.1891条における担保責任免除要件を満たしているならば、全損害についてその責任を免れ、また帰責要件を満たしているならば、全損害について責任を負うとされているからである。この場合には、ドイツ法では瑕疵担保責任免除に関するBGB523条や524条、600条の適用はないとされる完全性利益侵害に基づく損害に対しても、C.C.1891条の適用によって処理されているという特徴もある。

考えるに、推察の域は出ないものの、C.C.1891条および1898条に基づく担保責任は、債務不履行責任とは別個の、債務者の悪意に基づく責任という特殊な責任体系に基づく責

方で後者の場合、瑕疵についての悪意・重過失不知という要件によって、代物給付義務や不履行のための損害賠償など、一般の債務不履行責任と同様の効果を生じさせている。なお、使用貸借の目的物に瑕疵がある場合の貸主の担保責任制限規定であるBGB600条では、贈与契約における担保責任制限規定のように場合分けがされていない。しかしこれに関しては、必要に応じて523条2項や524条2項が類推されてよいとする意見もある。

⁽¹⁶³⁾ 北川善太郎『契約責任の研究』（有斐閣，1963）123頁、野沢正充「フランスにおける瑕疵担保責任の法理」同編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』（日本評論社，2009）95頁。

⁽¹⁶⁴⁾ とりわけ、北川・前掲注⁽¹⁶²⁾123頁。

⁽¹⁶⁵⁾ C.C.1635条および1645条がそれにあたる。

任の一種ではないかとも考えられる。この点については、別途検討を要すると思われるが、さしあたっては、C.C.における担保責任制限規定において制限される担保責任の法的性質は、一般の債務不履行責任とは別個の責任体系に基づく責任であるということができようか。

3 日本民法典における担保責任制限規定について

日本民法典においては、551条1項、590条2項、596条が、それぞれ目的物に瑕疵がある場合でも、原則として無償債務者はそのために責任を負わないとする。すでにみたように、この責任を570条にいう特別な法定無過失責任としての売主瑕疵担保責任と同質の責任であり、この責任が契約の無償性故に制限されているとみる見解が多数であるが、制限される担保責任をこれとは異なり別個の性質を有するものと考え、それに伴って制限の射程についても異なる意見を展開する説も種々みられるところである。

無償契約において制限される担保責任の性質を、有償契約における売主担保責任と同質と捉えてよいかどうかは、次章にその検討を譲るが、日本においては無償契約において制限を受ける担保責任の性質は、一般の本旨不履行責任とは異なった責任であると一般に捉えられているといえる。

(三) 責任制限の根拠について

最後に、各国法において見られる無償契約債務者の責任を制限する根拠は、それぞれのよう考えられているのだろうか。もちろん、「無償契約」類型について債務者の責任がみられることから、契約の無償性が責任制限の理由であることは疑いない。しかし、無償性といってもさまざまな側面が存在することを指摘できる。

まずドイツ法においては、比較的近時の議論では無償契約債務者の責任を制限する理由について、BGB立法過程の議論もあわせてみるに、対価を得ることなく一方的に給付を行うという債務者の寛大さや非利己性といった主観的要素、そのような契約構造に対して、公正さという観念から生ずる債務者に対する配慮措置、そして担保責任に関しては、「自己の財産からそのままの状態でのみ給付を行う」ために、目的物に瑕疵があつたとしてもそれ以上の義務を負わないという当事者の意図というように、単に対価を欠くという点での無償性というよりも、当事者の意図や債務者の寛大さなど、主観的な観点も含めての責任制限であると考えられている。

フランス法でも、無償契約における債務者の責任制限の理由として、主に債務者の非利己性という主観的要素が指摘されている。ここでも、単に対価がないということとどまらず、対価なしに給付を行う債務者の主観的要素を重視して、それに対して法律上配慮措置を設けているという構造が見て取れる。また、無償委任や無償寄託における債務者の責任制限については、債権者は債務者に対して、有償契約の債務者に対して要求可能な措置を要求できないというように、有償無償という枠組の際に基づいて、そもそも債権債務の内容を区別づけ

るという構造的差異を読み取ることもできる。

日本では、とりわけ 551 条 1 項による担保責任の制限の根拠については、570 条の担保責任を有償契約における対価的均衡維持のための特別責任であるとする見解に基づいて、対価が存在せず、対価均衡に配慮する必要のない贈与など無償契約では、そもそも担保責任が不要であるとする見解が多い。ここでは、対価の不存在という無償契約の性質と、対価的均衡維持という 570 条の担保責任の性質論とを接合させた見解が多い。

しかし、立法者の考えは、単に対価がないという理由で責任制限が設けられたことを示してはいない。すなわち、贈与の場合には、「それだけのものを与え、それだけのものをもらう」ということが当事者の意図であるために、担保責任が原則免除される。無償寄託の場合には、寄託者は受寄者に対して保管に当たっては平常の注意を果たすこと求めており、法律上それ以上の注意を要求することは当事者の意図に反する、というものであった。このことから、単に対価がないために債務者の責任について法律上配慮するというだけではなく、無償契約という対価のない契約を締結するにあたっての当事者の意図をも考慮に入れて、責任の制限を定めたということがわかる。

日独仏における無償契約債務者の責任を制限する理由を比較するに、どの法においても、基本的には対価がないという意味での無償性のみならず、無償契約を締結するにあたっての債務者の主観的意図、無償契約に対する一般的評価といった要素までもが制限の理由となっていることがわかる。このことから、無償契約の特徴が、単に対価がないというために有償契約と異なった扱いが正当化される、ということではなく、無償契約を締結するにあたっての両当事者が有している主観的意図をも考慮して、またいわば無償契約観を理由として、債務者の責任を制限することが公平であることが根拠とされていることがわかる⁽¹⁶⁶⁾。

(四) 全般的な傾向分析

以上のように、そしてこれまで見てきたように、無償契約類型において債務者の責任や一定の義務が制限される場面が規定されているという面では、日独仏 3 つの法体系に共通する特徴であるといえる。しかし、責任制限にかかわる議論を見るに、以下のような特徴が各国において見られることが明らかである。

① ドイツ法においては、一定の義務が免除され、あるいは損害賠償の範囲が調整されるという意味での責任制限よりも、債務者がいかなる基準で責任を負うべきかという基準決定の問題で、無償契約債務者（特に贈与者や使用貸借貸主）が一定の義務違反に際して通常の基準よりもより優遇された基準で責任を負うべきかどうかを中心に議論されている⁽¹⁶⁷⁾。BGB でも、贈与者や使用貸借貸主は目的物に対する瑕疵を制限されるなど、一定の義務が

⁽¹⁶⁶⁾ 特に、無償契約観という点では、日本において独仏と比較してそれほど無償契約債務者の責任制限規定を多く設けなかった理由ともなっている。すなわち、日本においては無償契約は場合によっては「売買などよりも重い」のである。法典調査会・前掲注(34)298 頁（穂積博士の発言）。

⁽¹⁶⁷⁾ 無償契約における原始的主観的不能に対する責任に関する議論でさえ、結局は無償契約債務者がどのような基準（どのような帰責性）のために責任を負うのかが問題とされている。

制限されている場面があるが、議論の中心ではない⁽¹⁶⁸⁾。

②フランス法では、有償契約と無償契約とを比較した上で、有償契約債務者に対して要求・期待しうる義務を無償契約債務者に対しては要求できないという法理が存在している。さらに、無償契約債務者の責任制限法理として、制限はあくまで義務レベル・要件レベルの問題であり、責任（損害賠償範囲）の問題ではないとする意見も見られる。フランス法では、債務者に要求できる義務、債務者が果たすべき義務の内容に着目した責任制限の態様が議論の中心となっている。

③日本では、旧民法では無償契約一般について、一定の責任制限や注意義務軽減が規定されていた。しかし、現行民法起草に当たっては、起草担当者の（独自の？）意向により、無償契約の債務者であっても、原則としてその責任や注意義務を軽減するという措置は採らず、各無償契約の本質によって必要とされる責任の制限（贈与＝担保責任の制限、無償寄託＝注意義務の軽減など）のみを規定するとされた。

今日では、無償契約債務者一般につきその責任を制限するような規定がないこと、とりわけ無償委任でも善管注意義務が要求されることから、無償契約であっても債務者につき直ちに責任の制限などが認められるわけではないという理解が多数である。そんな中、独仏法の状況（特に贈与に関しては BGB521 条、無償委任に関しては C.C.1992 条 2 項）を参考とし、あるいは無償受寄者の果たすべき注意義務の基準である「自己の財産に対するのと同じの注意義務」（659 条）を無償契約債務者一般に課せられる基準であるとして、無償契約債務者の責任を一般に制限すべきとする見解も見られる。このように、主に比較法に沿った条文解釈や無償契約類型における一般法理としての注意義務軽減や責任の制限を志向する見解が見られる中で、少数ではあるが、損害賠償額の軽減や過失相殺法理を用いた損害賠償範囲の制限という面での責任制限を志向する見解も見られる⁽¹⁶⁹⁾。無償契約債務者の責任制限を考えるにあたって、無償性や好意という要素を、過失相殺法理による損害賠償額調整の中で考慮することで責任制限を認めるべきとする見解・裁判例は注目できる。

⁽¹⁶⁸⁾ この点、無償性や好意という要素を BGB254 条による共働過失による賠償額調整の際に考慮すべきとする意見もある。たとえば、*Werner Flume*, Anmerkung des BGH, Urt. v. 14. 3. 1961 - IV ZR 189/59, JZ 1961, 606; *Herbert Schließ*, Abwägungskriterien bei der Schadensausgleichung nach §254 BGB, NJW 1965, 677; *Hans-Joachim Hoffmann*, Der Einfluß des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmaß, AcP 167 (1967), 394 ff., 407; *Rudolf Westerhoff*, Ist die Entscheidung gerecht? - Methodische Wertung am Beispiel eines Reitunfalls-, JR 1993, 497 ff., 502; *Stefan Grundmann*, Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte, AcP 198 (1998), S. 457 ff.を参照。

⁽¹⁶⁹⁾ たとえば、広中・前掲注(52)129-130 頁は、損害賠償の縮減という意味が無償契約当事者に認められるとする。判例でも、無償契約債務者ではなく、契約関係にない無償行為者の責任を扱った判例であるが、前掲判例③・④は、無償行為者（加害者）の義務違反を認めつつも、好意や無償性という要素のため義務違反の違法性が低いとして、損害賠償の範囲を制限している。

第6章 検 討

以上、本稿では、無償契約の特徴とされる債務者の責任制限につき、無償契約責任論という視点からその法理について検討するため、ドイツ法における無償契約債務者の責任制限規定に関する歴史的展開、独仏における現在の議論状況、日本法における無償契約債務者の責任や義務に関する小史的展開、そして現在における議論をそれぞれ整理検討した。いずれにせよ、一定類型の無償契約の債務者はその責任や義務について法律上何らかの配慮措置が与えられているということについては一般に各法典においてみられるところであり、概して共通しているといえる。しかし、歴史的にも比較法的にも、どの無償契約類型においてどの程度の、そしてどのような態様の責任制限を設けるのかについては差異がみられることがわかった^①。このことから、契約が無償であれば直ちに債務者の責任や義務を制限すべきということにはならないのではないか、という疑問が生じ、そしてそうであるとすれば、現に規定されている無償契約債務者の責任制限規定はどのような意義を有し、契約責任論という観点からその解釈はどうあるべきかが問題となるであろう。

そこで本章では、日本民法典に規定されている無償契約債務者の責任制限を中心に、無償契約債務者の責任制限法理につき、総合的な検討を加えたい。以下では、まず責任制限の根拠についてこれを明らかにする（Ⅰ）。そして次いで担保責任の制限規定に関わる検討を展開し（Ⅱ）、そして注意義務軽減に関わる検討を展開した上で（Ⅲ）、最後に無償契約における債務者の責任制限に関しての私見をまとめ、無償契約における法理としての責任制限の存否に関して考察することとしたい（Ⅳ・Ⅴ）。なお、現在進行中の債権法改正作業においては、無償契約債務者の責任制限に関わる規定についても検討の対象となっているようであり本稿の問題意識とも関わることから、これを簡単に紹介したい（Ⅵ）。

Ⅰ 責任制限の根拠

本稿では、契約責任論という視点から無償契約債務者の責任を考察し、無償契約債務者の責任制限という法理の存否を検討するために、無償契約債務者の責任に関する歴史的検討、諸外国の状況などを比較検討してきた。これらの成果をもとに、日本民法における無償契約債務者のための責任制限法理について解釈を試みたい。まず第一に問題となるのは、なぜ一定の無償契約類型において、債務者の責任が制限される場面が規定されているのかということである。

一 「無償性」の具体的内容

もちろん、「有償契約」とは違って「無償契約」において債務者の責任を制限する趣旨の

^① これについては、憶測ではあるものの、各時代・各国における契約観、無償契約観も影響しているものと思われる。特に現行日本民法の立法者にあつてはその無償契約観が顕著に表れており、贈与者の責任をどう扱うかにつき、無償契約であっても場合によっては売買よりも「重い」としていた。他の無償契約類型を見ても、日本民法典では諸外国の法典（BGBおよびC.C.）と比較して、無償契約債務者の責任制限規定が少なくなっている。現行民法典起草過程の議論については、前章Ⅲ参照。

規定が置かれている以上、契約の「無償性」という点に責任制限の根拠があることは間違いない。しかしこれまで見てきたように、無償性という要素にもさまざまな側面が含まれているのであり、単に無償性を指摘することで無償契約における責任制限の根拠を示したとすることでは不十分であるように思われる。そこで、この無償性という要素をより詳細に分析する必要がある。

これまでの検討から得られた示唆からは、無償性の具体的内容として、①当事者の意思、②債務者の好意、③契約の非対価性という諸相を挙げることができる^②。これについて、①の当事者意思を理由とする責任制限に関して、特に現行日本民法典の立法者が無償寄託における受寄者の注意義務軽減を規定するに当たり、この点を重視していた。たしかに対価の存在しない無償契約においては、対価の存在する有償契約などと比べて、債務者側で重い責任や注意義務を負うというまでの意思はなく、また債権者側でも無償の債務者に多くのことを期待・要求しないという意思があると推定することは、一般的道徳的な感情には一致しうると考えられる。その限りで、まさに無償契約では推定的な当事者意思を理由として債務者の責任制限を定める契約類型が存在すると考えることもできよう。しかし、当事者意思の推定という意味では、もちろん反対に、無償契約債務者であっても通常の責任・重い責任を負うとの意思が存在する場合も考えられる。むしろ現法民法立法者は、無償契約債務者の責任について「売買などよりも重い」場合があると評価していた^③。債権者と債務者の意思が責任制限規定の根拠であるとするのは、必ずしも十分でないように思われる。

②の債務者側の好意（＝寛大さ、非利己性）という点については、ドイツ法・フランス法において、特に学説においてしばしば無償契約債務者の責任を制限するための理由づけとしてみられた。無償契約という契約の当事者が有している意思の推定に基づく責任の制限と同様に、自らの財産を対価を得ることなく相手方に譲渡し、または一定の役務を提供する債務者が、その行為の動機として、相手方に対する親切心や道義心など、いわゆる好意という主観的感情を基礎としていることは容易に考えられるところであろう。このような親切心から行為する相手方に対し、たとえ契約の不履行や義務の違反から損害が生じたとしても、これについて法的責任を追及すべきではないといういわば道徳的な要請も首肯できる。事実、ドイツ法においては BGB における無償契約債務者の制限につき、「貰ったものの品定めをするな」という慣例が根拠といわれている^④。しかし、好意という要素は債務者に対する責任追及を緩和・排除すべきとの評価にもつながりうるが、その反対に、好意に基づいて相手方に一定の給付を行う以上、むしろ通常の場合よりも多くの注意を要求されるとい

② それぞれ、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論 上巻』（岩波書店、1924）263頁、我妻栄『債権各論 中巻一』（岩波書店、1957）232頁、於保不二雄「無償契約の特質」契約法大系刊行委員会編『契約法大系 I 契約総論』（有斐閣、1962）85-86頁、岡本詔治「無償契約という観念を今日論ずることには、どういう意義があるか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第五巻 契約の一般的課題』（日本評論社、1990）50頁、川井健『民法概論 4 債権各論〔補訂版〕』（有斐閣、2010〔初出2006〕）117頁など。

③ 法典調査会『民法議事速記録 9』（法務図書館、1981）298頁。

④ *Helmut Kollhossner*, ZEV 2000, 321 など。

う評価も可能であろう。実際にすでに指摘したように、現行民法の立法者も、贈与は売買などよりも重い場合があると指摘する。これについては、いわゆる義務的な贈与も存在するとの認識から生じていることであろう。

③の非対価性については、特に 551 条 1 項による担保責任の免除の理由として述べられることが多かった。たしかに、551 条 1 項の責任を 570 条にいう有償契約における対価的均衡維持のための特別な担保責任ととらえるのであれば、この理由づけは当然である。しかし、たとえば売買においては給付と対価との均衡を維持する必要があるが、無償の財産権移転型契約である贈与では対価がないため対価的均衡を考える必要がないという点で責任制限の理由としうるが、その他の無償契約類型、特に無償寄託など役務提供を給付内容とする無償契約類型に関しては、注意義務軽減の理由としえないのではないか。対価が存在すると否とに関わらず、寄託契約の債務者の負う義務は目的物の保管であり、そのために必要な義務を負うのは当然である。事実、「自己の物に対するのと同じの注意義務」とは、受寄者となるべき者それぞれの備えている注意力に応じて決定される義務であり、場合によっては無償受寄者であっても善良なる管理者の注意義務を要求される。

また、担保責任の性質を一種の債務不履行責任であるととらえる場合、対価の有無という点に着目して無償契約債務者についてこの義務が原則免除され、そして例外的に帰責されることとなるのであるが、果たしてこれは正当であろうか。有償契約と無償契約、すなわち売買と贈与とで「瑕疵」の基準が異なるということはあるといえようが、贈与契約であっても契約の内容に従ってその契約に適合する「瑕疵なき」給付が行われるべきであり、この限りでは担保責任の制限＝給付義務の免除は対価の不存在がその理由であるとするのも疑わしいものとなる。

二 多元的要素としての無償性

それでは、このようなさまざまな側面を持つ無償性のうち、いずれの要素が無償契約債務者の責任制限を導いているのであろうか。考えるに、551 条 1 項、590 条 2 項、596 条、そして 659 条によってそれぞれ無償契約債務者の責任や義務が制限されるということについて説明するためには、上記の諸理由が全体として結びついて無償契約における責任制限の根拠をなしていると考えなければならないのではないだろうか。非対価性という側面での無償性、債務者の好意という主観的側面での無償性、そして無償であるがゆえに当事者間に厳格な責任の負担と追及という意図がないとの推定的当事者意思、これら 3 つの要素が組み合わさることで、無償契約における責任制限規定やその法理が形成されているのではないだろうか。

さらに、さまざまな要素が混在する無償性という特徴から、責任や義務という点で無償契約では有償契約とは異なった特徴が現れるのであるが、各無償契約類型においてそれら無償性に内在する複数の要素が占める割合は異なっており、重点となる要素は無償契約一般には共通してはいない。たとえば贈与では、対価性維持のための担保責任が問題とされない

のは非対価性という要素が大きく影響するがゆえのことである。一方で無償寄託では、対価なく相手方に財産を預かってもらう際に、契約当事者がそれぞれ高度の注意を要求せず、また引受けないという推定的意思が比重を増す。そして無償を原則としながらも、債務者の責任や義務についてこれを制限するような特別な規定を設けていない委任契約では、まさに同契約における特質、すなわち他人の事務の遂行、他人の利益の最大化という契約の内容によって、複数の要素からなる無償性を理由としても責任の制限が生じず、むしろ有償の場合と変わらないような高度の義務が要求されるのである。

このように考えることによって、わが民法において無償契約債務者の責任制限規定につき、契約類型ごとに債務者の責任や注意義務の軽減に差異を設けている理由も説明できる。すなわち、対価の不存在という側面が無償契約を眺め、この特徴のみを責任制限の理由とするのであれば、贈与者や使用貸借貸主の注意義務、無償受任者の注意義務に関しても、有償契約の債務者とは異なった規律を必要とするはずである。しかしここでは、「贈与を軽いものとは考えず、売買などよりも重い場合がある」、「受任者は、他人の事務を実行する」という点を考慮して、むしろ誠実な履行を行うという当事者の意思を重視して責任などを制限していないこととなる。他方で、贈与者等の担保責任の制限、そして無償受寄者が用いるべき注意義務の程度に関しては、契約の非対価性や無償契約を締結するに当たっての当事者の意思の推定という要素が重視されることによって、責任の制限が規定されていることとなるのである。無償契約では、対価の不存在というにとどまらないさまざまな無償性の要素が絡み合い、各無償契約の類型的特徴に応じて各要素の比率が変わってくることで、そのことに基づいて生ずる責任制限の態様なども変化してくるのである。

Ⅱ 担保責任の制限規定（551条1項、590条2項、596条）について

次いで、以下では民法典におけるそれぞれの無償契約債務者の責任制限という問題につき、各契約法規定を中心に検討する。まず無償契約債務者の担保責任を軽減する規定を中心に、債務者の責任制限という問題を考察したい。また、担保責任のほか、贈与者（同じく無利息消費貸借貸主と使用貸借貸主）は一般に BGB521 条のように遅滞や不能についてもその責任を免れるのかなども問題となる。

一 贈与者などが責任を負う基準について

担保責任を制限する無償契約規定について論ずる前に、学説では 659 条の注意義務の基準を無償契約債務者一般に適用されるべき注意の基準であるとする見解や、BGB521 条などを理由に、贈与者など無償契約債務者は故意や重大な過失という帰責事由がなければ責任を負わないとするものがあることから、まず無償契約債務者がどのような基準で一般に責任を負うべきかについて検討を加えたい。

この点につき、日本民法立法者の見解によれば、日本民法は諸外国法のように贈与を「軽いもの」とはしなかった。そのために、贈与者は一般に故意や重大な過失がある場合でなけ

れば責任を負わないという規定は設けないと明言され、そのように法典が構成された。一方で現在の学説にあっては、BGB521条、C.C.1992条2項など諸外国の責任制限規定を参考とし、あるいは659条を無償契約の一般法理とすることで、贈与者、引いては無償契約債務者一般が責任を負う基準も400条に基づく善管注意義務より軽減された基準に従わせ、債務不履行の判断に当たっても無償契約債務者にあっては415条にいう帰責事由をより限定して考え、責任の制限を認めるべきだという見解も有力である^⑤。

たしかに無償契約債務者という対価を受けず債権者に利益を供与する者について、有償契約債務者にと同様の義務や責任を要求すべきではないということは、道徳感情という面では共感できる。しかし、法律においてこのような道徳的感情を正当として、これを理由としてのみ、注意義務の軽減や一般的な過失責任の制限を定めていない贈与契約や無償委任契約などについても、諸外国法のような責任制限を解釈上認めることができるのかは疑問である。このような解釈は、立法者の意図にも明確に反することになる。さらに、659条による無償受寄者の注意義務の軽減が、無償寄託契約の性質に鑑みた当事者意思の推定であることや、BGB521条のような立法的配慮を日本民法立法者が明確に否定していたことを考慮すると、そもそも無償契約債務者一般について、その債務不履行責任が軽減されるという法理を樹立するにはなお理由が必要であるということとなろう^⑥。

学説では659条の注意義務の基準である「自己の財産に対するのと同じ注意」を無償契約債務者一般に要求される注意であると理解するものもある。しかしこの基準は、あくまで「他人の財産を無償で単に自己の管理下に置く」という役務を提供する無償受寄者の契約債務の内容を鑑みて定められた基準である。すなわち、ある物の財産権を相手方に移転することを内容とする贈与や、相手方に代わって相手方の利益を最大限尊重しながら委任事務を行うことを内容とする無償委任とは、契約上求められる給付義務構造そのものを異にしている。贈与では無償ではあるものの財産権の移転が給付義務のないようであり、移転という結果を実現することを約束するために、売主と同等の注意を要求されてよい。委任では受任者は委任者の利益を保護し、また委任者の利益となるように行為することを約束するために、自身の事務を実行するのと同じ注意では足りず、委任者のために最大限の注意を要求されてよい。

各無償契約類型について、無償という点では共通するものの、それぞれ問題となる本性的

⑤ 前章Ⅳ——参照。於保・前掲注(2)84頁、石田穰『民法Ⅴ 契約法』（青林書院、1982）109頁、辻伸行「ドイツにおける無償行為者の損害賠償責任とその責任軽減—贈与者・使用貸主・無償受寄者の積極的債権侵害に基づく責任および不法行為責を中心として—」獨協大学法学会編『獨協大学法学部創設25周年記念論文集』（第一法規出版、1992）186-187頁。

⑥ 無論、広中教授の指摘のとおり、659条のような規定を他の無償契約において設けなかったことが、立法者の「手落ち」であるならば（広中俊雄「有償契約と無償契約との差異は債務者の注意義務についても存在するか」同『契約法の理論と解釈』（創文社、1992）286-287頁（初出：幾代通＝鈴木禄弥＝広中俊雄『民法の基礎知識(1)』（有斐閣、1964）287頁）、本来は無償契約一般において債務者の注意義務等が軽減されてよいこととなり、民法典における無償契約の特徴も一層明らかなものとなろう。しかし、立法者自身がこうした措置を採らないことを明言している以上、その意思から離れた法理を設定する場合には、やはり現実社会や実務における必要性が求められよう。

義務の内容や構造（財産権の移転、利用、役務の提供など）が異なってくる以上、無償で役務を提供する無償受寄者のための注意義務制限規定を無償契約類型一般に拡大して（類推）適用されると解釈することには、慎重であるべきである。そのため、贈与者などは無償である給付を行うものといえども、善良なる管理者の注意義務をもって目的物を保管し、期限が定められていれば期限どおりに給付を行う必要があり、さらには契約の内容に従って要求される信義則上の義務を果たす必要があるといえる⁽⁷⁾。

二 担保責任の制限について

担保責任の制限について、551 条 1 項では単に贈与者は物または権利の瑕疵または不存在について責任を負わないとするにとどめている。この担保責任の性質・射程をいかに理解するかについてさまざまな見解が主張されているが、いずれの説も多少なりとも問題を抱えているように思える⁽⁸⁾。

（一）従来の各説の問題点

551 条 1 項にいう担保責任を 570 条にいう法定無過失責任たる担保責任と同質のものと考え、損害賠償について信頼利益賠償が問題となるとする説は、多数説といえるものの以下のような問題点を指摘できる。まず第一に、ここにいう担保責任を 570 条にいう有償性の原理からなる法定無過失責任たる担保責任と捉え、贈与では対価の不存在ゆえにその責任がないとするが、このように 570 条の責任と 551 条 1 項の責任とを同質と捉えるがゆえに、特定物以外の物が契約の目的物である場合には、責任制限が適用されないこととなる問題点がある。目的物が特定物であるか種類物であるかに応じて、贈与者の担保責任が悪意の場合にしか生じないか、原則として完全履行義務があるかという差異を認めることは、合理的でないように思える⁽⁹⁾。また、551 条 1 項にいう担保責任について問題となる責任を信頼利益であるとするが、この信頼利益という概念自体問題のある概念であることは周知のとおりである⁽¹⁰⁾。これについては、信頼利益から完全性利益を分離して考える見解もあり、近年における義務論の展開から見れば、身体やその他財産という重要な利益である完全性利益について、少なくともこのような措置は必要であろう⁽¹¹⁾。さらに、551 条 1 項ただし書によって生ずる責任を、1 項本文によって原則として制限される法定無過失責任たる担保責任

⁽⁷⁾ この点について、*Löwisch* の見解が参考になる。すなわち *Löwisch* によれば、贈与者も BGB523 条によって責任制限を受ける場合でも、あらゆる義務から免れるというわけではない。贈与者は、信義誠実の原則に従って、契約を貫徹するために可能かつ期待されうることを果たすという義務を負っているとされる。*Manfred Löwisch, JZ 2001, 355.*

⁽⁸⁾ 各学説の詳細に関しては、前章 IV 一二参照。

⁽⁹⁾ この点について、同様の問題を指摘して 551 条 1 項の適用を種類物に対しても認める見解もある。鈴木禄弥『債権法講義 四訂版』（創文社、2001〔初出 1980〕）333-334 頁、内田貴『民法Ⅱ 債権各論（第 3 版）』（東京大学出版会、2011〔初出 1997〕）168 頁など。

⁽¹⁰⁾ 高橋眞「信頼利益・履行利益とは何か—損害概念論研究の端緒」同『損害概念論序説』（有斐閣、2005）11-13 頁参照。

⁽¹¹⁾ 岡孝『無償契約の特殊性』法学セミナー 408 号（1988）86 頁、内田・前掲注(9)16 頁など。

ととらえるのかどうかも問題となる。多くの見解はこれに言及しないが、1項本文によって担保責任が免責され、ただし書の場合には「この限りでない」とする条文構造からは、本文の責任とただし書の責任とが同質であると考えることが自然であろう。1項本文において担保責任は有償契約における対価的均衡維持のための責任であるために、対価のない無償契約では問題とならないとすることについては問題はないが、ただし書のいう責任が本文で免責される担保責任と同質の責任であるとするのであれば、なぜ贈与者が悪意であることを理由に、対価的均衡維持のための担保責任が課されるということになるのであろうか。贈与者の善意・悪意に関わらず、贈与ではいずれにせよ対価は問題とならないのであり、対価が存在しない以上、それを基準とする目的物の価値と対価との均衡も想定することができず、結局は有償性を担保するための担保責任が問題となる余地はないのではないだろうか⁽¹²⁾。

次に、551条1項における担保責任の対象となる損害を、信頼利益を超える損害であるとしてとらえる各見解については、瑕疵結果損害によって債権者の完全性利益に対して生じた損害まで、契約の無償性を理由としてその賠償責任を551条1項によって原則として制限してよいかは疑問である。すでに指摘したように、無償契約債務者といえども信義則上要求される諸義務を果たす必要があり、そこには当然債権者の完全性利益保護のための義務も含まれうると考えるべきである⁽¹³⁾。さらにいえば、完全性利益という保護法益が契約規範によって保護されるにせよ不法行為法規範によって保護されるにせよ、債権者にとっては重大な利益であり、一般的に侵害されないことを期待しうる利益である。551条1項のような無償性を理由とする担保責任の制限規定によって、このような重大な利益に対する損害が生じた場合にも、贈与者は瑕疵について善意であればその責任を負わないとするのは問題があるように思える。

551条1項では瑕疵によって減額した物の価値に対する差額賠償が問題となっている見解に対しては、対価のない贈与契約であるのに、その対価を基準とした責任法理を設定することが可能であるのかという疑問が生ずる。もちろん、「これだけの価値がある物を贈与する」というように目的物が一定の価値・価額を備えていることを要素とする贈与契約も想定されうるが、そのような契約にあっては一定価値の目的物を贈与するという給付義務が設定されていると考えれば十分であり、贈与契約一般で目的物の価値を基準とした担保責任が問題となるとは考え難いのではないだろうか。

551条1項ではいわゆる担保責任ではなく、債務不履行責任（不完全履行責任）や契約締結上の過失責任、あるいは不法行為責任が問題となっているとする見解には、次のような問題があるものと思われる。まず551条1項によって規定されている責任を債務不履行責任

⁽¹²⁾ この点につき、すでに鈴木恵准教授がこのような疑問を呈されている。鈴木恵「贈与契約における物の瑕疵をめぐる責任」好美清光先生古希記念論文集刊行委員会編『好美清光先生古希記念論文集 現代契約上の展開』（経済法令研究会、2000）259頁参照。

⁽¹³⁾ 完全性利益侵害に対する救済規範として、契約責任が妥当か不法行為責任が妥当かという議論があるが、本稿の問題意識とは離れるため、ここでは詳しくは論じない。

と理解する見解については、上記のように立法者意思に反すること、贈与者につき給付義務レベルで契約に適合する（瑕疵なき物の）給付義務を負わないとしてよいのかという疑問が生ずる。無償といえども合意に基づく契約である以上、それを基準とした給付義務が求められてよいのではないだろうか。551 条 1 項では契約締結上の過失が問題となっているという見解に対しては、「知らながら告げない」という態様は、たしかに一種の契約締結上の過失、説明義務違反として評価することもでき、ドイツ法において同様の見解を述べる論者もいる⁽¹⁴⁾。しかしこれについても同様に、無償契約の債務者といっても信義則上要求される義務は果たして然るべきであり、当然に場合によっては目的物の瑕疵を調査し、告知する義務もありうるものであり、これと 551 条 1 項にいう瑕疵に関して制限される責任とは根本的に異なる責任原理を表しているのではないかと考えられる。また、551 条 1 項による責任を不法行為責任ととらえる見解に対しては、551 条 1 項本文によって担保責任（契約責任）が終局的に生じないと解すのであれば、残る責任法理は不法行為責任しかないこととなろう。しかし、契約法規定から不法行為責任が生ずると解することは体系的に無理があるように思われる。

以上のように、従来の各説においては多少とも問題があると指摘でき、日本民法 551 条 1 項をはじめとする担保責任の制限規定の解釈に関しては、再構成が必要と考えられる。以下では 551 条 1 項本文、ただし書について順を追って検討する。

（二）担保責任が原則として免除される場合

それでは、権利や物の不存在または瑕疵について責任を負わないとする 551 条 1 項は、どのような責任を原則として免除することを規定し、どのような責任を例外的に負わせることを目的としているのであろうか。

551 条 1 項本文では、贈与者は原則として物または権利の瑕疵または不存在に対して責任を負わないとある。この条文そのものが簡素であるということもあって、さまざまに解釈される余地があるのであろう⁽¹⁵⁾。この問題を考えるにあたって注目すべきであるのは、贈与者は「それだけのものをやる」、受贈者は「それだけのものをもらう」という立法者の意思、そしてドイツ法では BGB523 条および 524 条において贈与の場面に応じて責任制限の内容が区別されていることである。

贈与契約に関する冒頭規定である 549 条が、「自己の財産を無償で」与えることが贈与の内容であると規定するように、日本民法の立法者が想定していた 551 条 1 項の適用場面も、贈与者が「自己の財産から目的物を給付する場合」であることとなる。そうであれば、贈与者は自らが保有する以上のものを給付せず、受贈者もそれ以上のものを受領ないし要求しない。すなわち目的物に瑕疵があったとしてもそれに対して責任を問うというようなこと

⁽¹⁴⁾ *Karl Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/1, 13. Aufl., 1986, S. 203; *Andre Pohlmann*, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten, 2002, S. 52 f., S. 181 ff.

⁽¹⁵⁾ そのため、551 条 1 項によって制限される責任を債務不履行責任であるとし、さらには債務不履行責任ではなく不法行為責任が問題となるというようにも解釈しえたのであろう。

がないという意思を推定してこの規定を設けたと考えられる⁽¹⁶⁾。さらに BGB523 条および 524 条においても、贈与が贈与者自身の財産から実行される場合（各 1 項）と約束ののち他人の財産を取得してそれによって実行される場合（各 2 項）とを区別している。前者の場合においては、贈与者も自己の許にある財産をあるがままの状態で贈与するという意思であるため、原則として瑕疵なき物の給付義務を負わず、また責任を負う要件も贈与者が瑕疵を悪意で黙秘していたという場合に限定されるのである⁽¹⁷⁾。

これらの点を考慮すれば、551 条 1 項（あるいは 590 条 2 項、596 条）が適用される場面も、贈与者などが「自己の財産から給付を行う場合」に限定されることとなり、その場合に贈与者は、瑕疵について「善意である限り」責任を負わないと考えられる。なお、それでは BGB523 条 2 項や 524 条 2 項のように、契約後他人の財産から目的物を取得して贈与する場合、すなわち他人物贈与の場合はどうかということが問題となるが、これについては他人物贈与の問題とも関わるため、後に併せて別個検討する。

次に問題となるのが、①551 条 1 項本文によって免責される責任の性質、②551 条 1 項本文によって責任を免れる要件、そして③免れてよい責任の内容、すなわち免責・帰責の対象となる損害賠償の範囲である。

1 551 条 1 項本文によって免責される責任の性質

551 条 1 項にいう責任の性質については、すでに見たように諸説あるところである。多くはこの担保責任を 570 条にいう法定無過失責任たる担保責任とパラレルに考える。たしかに、無償契約であれば対価が存在しないので対価的均衡を目的とする特別な責任としての担保責任が適用されないということは説得力がある。しかし、551 条 1 項本文によって免除される責任は、551 条 1 項ただし書によって帰責される責任でもあることを考えると、これを有償契約のための対価的牽連関係維持のための担保責任ととらえることは難しいのではないだろうか。「悪意による黙秘」という態様によって、対価的均衡維持のための担保責任が課されることになるのは無理があるだろう。

そこで考えるに、551 条 1 項本文によって免責され、ただし書によって帰責される責任は、贈与者が自己の財産の中にある目的物をそのままの状態で渡すということに対して、債務者が責任を問えないという意味での特別な担保責任ではないだろうか。すなわち、自己の財産の中から給付を行う贈与者は、たとえその目的物に瑕疵があったとしても、その物をそのままの状態で渡せばよいのであり、受贈者はそれに問題があろうとも原則として責任を問うことができないこととなる。贈与契約でいう担保責任とは、いわば「あるがままの状態」を担保するための責任であり、目的物はあるがままの状態であればよく、たとえ瑕疵があったとしても問題はない。ただし、贈与者が瑕疵を知らずに告げなかった場合には、そのこ

⁽¹⁶⁾ 立法者自身は、贈与における担保責任の免除を「贈与の性質上当然」と説明する。法典調査会・前掲注(3) 298 頁。

⁽¹⁷⁾ ドイツ法学説の状況については、第 3 章Ⅱ—2、Ⅲ—2 参照。

とから生ずる責任を負うべきである。この場合、贈与者は瑕疵なき物の給付義務そのものを免れていると評価してよいだろう。ただしこのことは、贈与者が一切の義務を免れるということの意味するのではない。贈与契約が財産権の譲渡を目的としている以上は、引渡し給付の内容であるために遅滞や不能に対しては 415 条に従って責任を負うべきであるし、たとえば不動産の贈与が契約の内容となる場合には、登記移転義務も負うというべきである。さらに、贈与契約において信義則上要求されると考えられる義務についても責任を負うべきである⁽¹⁸⁾。ただし、有償契約における対価的均衡維持のための責任が 570 条などという担保責任であると考えるのであれば、贈与契約では 551 条 1 項において、あるいは 551 条 1 項によらずとも、対価の不存在＝無償性のためにこの対価的均衡のための責任が生じないということは自明のことでもある。その意味では、551 条 1 項には 570 条の意味でいう担保責任の不存在もあわせて読み込むこともできる。

もちろん、551 条 1 項の適用を目的物の特定不特定に応じて区別する理由はない。贈与者は自身の財産にある目的物をそのまま渡すにすぎないため、その限りでは目的物が特定物であろうとも種類物であろうとも変わるところがないからである。瑕疵なき目的物を贈与することが当事者間で明示あるいは黙示に合意されているような場合は、契約内容として贈与者に瑕疵なき物の給付義務が課されることになろうし、その限りでは 551 条 1 項の適用はないというべきであろう。

2 551 条 1 項本文によって責任を免れてよい要件

551 条 1 項本文に該当する限り（ただし書に該当しない限り）贈与者は目的物の瑕疵などのために責任を負わないこととなるのであるが、そのための要件は、551 条 1 項本文およびただし書からは、贈与者が瑕疵について「善意」であるかあるいは相手方に瑕疵を告げている場合であることとなる。これについて、贈与者は瑕疵を知らなかったが、しかしそのことについて「過失」がある場合、さらには重大な過失がある場合はどうであろうか。すなわち、贈与者が単に瑕疵を認識していた否かのみならず、瑕疵を認識しえたか否かをも 551 条 1 項ただし書の要件に含まれると理解する余地があるのかという問題が生ずる。さらに、「悪意」という点では、551 条 1 項の要件である瑕疵を「知りながら告げない」＝悪意と、贈与者が瑕疵を知らないことについて過失がある場合とを同視し、後者の場合にも贈与者に 551 条 1 項ただし書に従って目的物の瑕疵によって生ずる損害の賠償責任を負わせてよいかという問題も生ずる。これについて、学説では悪意と重大な過失とを同視することで、善意重過失であれば責任を肯定する見解も見受けられるが、「重過失ではあるが不知」＝「善意」であることと「悪意」とを区別し、悪意でないとして責任を否定する見解もある⁽¹⁹⁾。また、

⁽¹⁸⁾ その意味では、瑕疵なき物の給付義務を免れているといえども契約締結上の過失責任や、完全性利益侵害のための責任、さらには不法行為責任は免れえないのではないだろうか。

⁽¹⁹⁾ 肯定する見解として、梅謙次郎『民法〔明治 29 年〕債権 第二章 契約（第一節～第三節）』（信山社、1996）28 頁、山中康雄『契約総論』（弘文堂、1949）256・257 頁、半田吉信『契約法講義〔第 2 版〕』（信山社、2005〔初出 2004〕）180 頁。否定する見解として、末弘厳太郎『債権各論』（有斐

BGB523 条 2 項や BGB524 条 2 項では、契約後他人の財産から目的物を取得して贈与する場合には、贈与者が目的物の瑕疵を重大な過失によって知らないという場合にも責任が生ずるとされている。

551 条 1 項ただし書において、「知りながら告げない」ということが問題となっている以上、この責任が生ずるためにはやはり悪意＝瑕疵の認識が必要であり、過失（さらには重大な過失）があろうとも、瑕疵に対する認識がない以上では 551 条 1 項ただし書の責任は生じないというべきであろう⁽²⁰⁾。

ただし、無償契約の債務者といえども信義則上要求される諸義務は負うべきと考えられるので、瑕疵を知らないことに贈与者に過失・重過失があったとすれば、415 条に基づく債務不履行責任や契約締結上の過失責任、説明義務違反など信義則上要求される義務違反と判断される可能性もある。さらには、瑕疵に対する過失不知が 709 条における不法行為責任の要件を満たす可能性も考えられる。その限りで受贈者は、551 条 1 項ただし書による以外の責任を贈与者に追及することで、保護を受けうるであろう。551 条 1 項の規定する「あるがままの状態」に対する担保責任が生じないことで、受贈者が全く救済されないというわけではない。

3 551 条 1 項本文によって免れる責任の内容

では、551 条 1 項本文が適用される場合に、贈与者が免れてよい責任はどのような内容であろうか。551 条 1 項においては単に責任とされているものの、主として問題となるのは損害賠償責任であろう。もちろん、売買など有償契約においては目的物に瑕疵があった場合の追完といった履行請求権も問題とされていることから、贈与契約など無償契約においても履行請求の可否が問題となろう。

損害賠償について、具体的には、受贈者に生じた損害について、贈与者がその賠償責任を免れるのはどのような損害なのかが問題となる。これについては、信託利益賠償の制限および帰責とする学説が多数である一方で、完全性利益侵害に基づく損害の賠償制限や目的物の価額を含めた全損害の制限および帰責を意味するというように、諸説が林立する。

まず、目的物に瑕疵があったことにより、受贈者が目的物を転売するなどして利益を得られなかったという履行利益に対する損害が生じたり、瑕疵のために目的物そのものの価額に減少が生じた場合でも、551 条 1 項本文に該当する限り贈与者は責任を負わないものと

閣, 1919) 318-319 頁。

⁽²⁰⁾ なお、「重大な過失も悪意と同視すべきである」という一般的な理解・解釈が民法上確立しているかについて、野沢正充「判批」判評 655 号 (2013) 152 頁以下, 156-157 頁参照。野沢教授は、重大な過失＝悪意であるとの一般的解釈は未だ確立していないと評される。しかしたとえば、572 条による瑕疵担保責任免責特約の効力などの個別規定においては、重大な過失を悪意と評価する法理が存在すると指摘される。このことから、551 条 1 項ただし書においても、贈与者が瑕疵を知らないことについて重大な過失があった場合にも「知りながら告げない」場合と同視し、責任を負わせるという評価もできないではない。しかし、やはり 551 条 1 項の立法趣旨でもある「贈与者は自己の財産をそのままの状態で与える」ということから、知らないことに重大な過失があっても瑕疵の認識がない＝「悪意」でないため、なおただし書の責任は生じないというべきではなかろうか。

考えられる。贈与者は自らの財産の中から目的物をそのままの状態で譲渡する以上、受贈者はその状態の目的物を受領することで満足しなければならず、そのために履行利益や目的物の価額に対する保護を期待しえないというべきだからである。さらには無償で目的物を手に入れる以上、目的物に瑕疵がないことを期待し、引いては目的物が約束どおりに（遅滞や不能なく）給付され、そのことをもって自己の経済的利益を追求しうると期待することそのものが、無償契約では保護に値しないものと判断されうる場合もあるだろう。贈与者の側ではたしかに財産の引渡し義務を負い、その不履行に対して責任を負うべきであるが、受贈者の側でその際に有償契約の債権者と同等の保護を受けうると期待することは、正当でないのではなかろうか。有償契約では、債権者は対価を支払う以上、約束どおりに反対給付が実現され、それに基づいて自己の経済的利益の実現など契約目的の達成を期待してよく、もしそれが債務者の不履行などによって挫折する場合には、損害賠償をはじめとする各法律効果によって保護される。しかし無償契約では債権者は対価を支払わない。そのような場合、無償契約の債権者が有償契約の債権者と同じく、そして同等の経済的利益を実現できると期待することが正当であるとするのは直ちにはできないように思われる。むしろ、無償契約の債権者としては、対価なく得られる給付をもって、将来的にさらなる利益を取得できると期待し、その期待が裏切られたからといって債務者にそのための損害を賠償しえないというべきではないだろうか。この限りでは、本来的な給付（結果）を求めることを意味する履行請求権や追完請求権なども、受贈者に認められるべきでないと考える。

次に完全性利益侵害に基づく損害については、これを 551 条 1 項の適用範囲とする学説もあるが、このような重大な利益についてはやはり 551 条 1 項による免責の対象外とするべきではないだろうか。ドイツにおいても、瑕疵が存在することによる損害と瑕疵の結果生じてしまった損害とを分離し、後者の損害である完全性利益保護のための義務違反に基づく損害を、担保責任に関する BGB523 条や 524 条ではなく、贈与者（あるいは使用貸借貸主）の責任一般を軽減する BGB521 条・599 条の問題、276 条の問題、または不法行為責任の問題としている⁽²¹⁾。そうであるとすれば、551 条 1 項の解釈においても、完全性利益侵害による損害に対しては、551 条 1 項による席に制限の適用外であり、完全性利益保護のための規範によって保護されるべきと考えられるのではないだろうか⁽²²⁾。

⁽²¹⁾ 第 3 章 II 一、IV 参照。ただしドイツでは、瑕疵結果損害による完全性利益侵害を BGB524 条の問題とする学説も少数ながら見受けられる。たとえば BGH がそうであるとされる。BGHZ 93, 23 ff. なお、フランスにおける判例では、使用貸借貸主について貸主悪意の場合には瑕疵結果損害等も責任制限規定の射程に含むと考えられており、反対に貸主が瑕疵について善意である限りは貸主の不法行為責任をも排斥する（目的物の瑕疵から生じた損害については、当事者に契約関係がある限り契約法規範のみが問題となる）とされているようである。たとえば、破毀院予審部 1941 年 4 月 1 日判決（S. 1941, 112）、破棄院第一民事部 1960 年 10 月 26 日判決（Bull. civ. 1, n° 463）、破毀院刑事部 2002 年 9 月 17 日判決（Bull. crim. criminal 2002 n° 165）。しかし、このように無償契約債務者の責任制限を広範にとらえることには、やはり日本民法立法者の意思を鑑みるとにわかには賛同しがたいといえる。

⁽²²⁾ ドイツでは使用貸借貸主の責任を制限する BGB599 条と動物保有者の危険責任を定める BGB833 条との競合が議論されている。これについては第 3 章 III 参照。日本法でも、このように使用貸借した動物が暴れるなどして借主に損害を与えるという場合は考えられないではなく、596 条と 718 条との関係が問題となりうる。しかしこの場合にも、本文に挙げた完全性利益保護という理由から、あくまで目的物の瑕疵

そこで残るのが、受贈者が瑕疵を知らなかったために目的物に対して支出してしまった費用などが551条1項によって問題となる損害であるいわゆる信頼利益となり、これが551条1項が主に免責と帰責の対象としている責任と思われる。すなわち、贈与者などは瑕疵を知っていればこれを告知しなければ責任を負うのであり、反対にいえば告知しなかった＝受贈者が瑕疵を知らなかったために生じた損害が551条1項による免責の対象となるといべきではないだろうか⁽²³⁾。それ以外の上記各損害は、551条1項によって贈与者が責任を免れてよい責任ではなく、特約がある場合やその他当該利益保護のための責任規範をもって保護されて然るべきである損害である⁽²⁴⁾。

4 551条1項ただし書によって負うべき責任

以上から、551条1項ただし書によって負うべき責任も、対価的均衡維持のための担保責任ではなく、贈与者が瑕疵を知りながら受贈者に告げなかったため、受贈者に生じた損害に対する責任であることとなる。瑕疵なき目的物が取得されることを信頼して支出してしまった費用や無駄になった費用がここでいう損害に当たる。

しかしここには、瑕疵によって債権者の完全性利益に拡大的に生じた損害や、いわゆる履行利益は含まれない。完全性利益侵害については、当該利益保護のための規範でもって対応されるべきであるし、履行利益については、贈与契約における当事者の意思が「それだけのものをもらう」ものである以上は、そもそも債権者にとって実現が期待されてよい（＝給付障害がある場合には救済を受けるべき）利益ではないと考えられ、特別な合意がない限りは問題とならないであろう⁽²⁵⁾。

に関する規定である596条は問題とならず、貸主は、596条によって責任を負わないのではなく、完全性利益保護のための契約規範あるいは不法行為規範に従って責任を負うというべきである。

⁽²³⁾ たとえばドイツ法では、原始的主観的不能の場合の贈与者の責任をどう扱うのかに関して判例および学説において議論がみられた。判例では、債務者は給付の原始的主観的不能に対して帰責性に関わらない保証責任を負うとされたが、学説はこれに反対する見解が多い。これについては第3章II—二、IV—三参照。すなわち、この事例では目的物の権利調達の原始的主観的不能が問題となったのであるが、BGB523条などの法意からそのような場合にも贈与者の責任を原則制限すべきというものである。しかし、日本法ではこのような場合についても本文に掲げた理由から、贈与者が自己の財産から給付を行う場合で瑕疵

（権利不調達）が原始的な障害である限りは、551条1項の問題としてよいのではないだろうか。それ以外の場合、他人の財産からの給付の場合には、551条1項の適用はなく、その限りでBGB523条や524条のように贈与者には権利調達義務があると考えられる。詳しくは後述本文（三）参照。

⁽²⁴⁾ 完全性利益の問題は551条1項など責任制限規定の問題ではないとする限りでは、岡村玄治『債権法各論』（巖松堂書店、1929）183-184頁、潮見佳男『契約各論I』（信山社、2002）53頁などに賛同する。

⁽²⁵⁾ なお、贈与者の悪意、すなわち瑕疵を知りながら贈与したという態様については、場合によっては特に非難可能性が高くなるとも考えられる。たとえば、受贈者が普段から使用するという目的で、贈与者の所有する車が贈与されたが、その車につき、贈与者が贈与の際にエンジンの不具合があるという瑕疵を知っていたという場合を考えてみる。この場合には、受贈者が運転中に突然エンジンに不調をきたし、その結果重大な事故を引き起こすということも贈与者にとって予測できるのであり、だからこそ、551条1項では贈与者に瑕疵を知っているならば告知すべきという規範が定められているという理解も可能である。ドイツ法では、被侵害利益とそれに対応する保護規範とを類別し、結果としてBGB524条という目的物の物的瑕疵に関する規定では拡大侵害や瑕疵結果損害を把握できないという理解が一般的である。一方で、フランス法ではC.C.1891条によって制限され、帰責される責任を被侵害利益に従って区別しておらず、また、売買契約に関する例であるが、売主が目的物の瑕疵について悪意であれば、損害賠償責任の範

ただし「瑕疵を知らずながら告知しなかった」という態様は、いわゆる契約締結上の過失責任によって把握される場面に近いといえる。しかし責任要件を悪意に制限されている以上、それとは異なる贈与契約等をはじめとする無償契約にとって独自の責任原理であるといふべきである⁽²⁶⁾。

(三) 贈与者などが契約後第三者から目的物を取得したうえで履行を行う場合

これは BGB523 条 2 項や 524 条 2 項に該当する場面であり、ドイツではこのとき贈与者といえども受贈者の利益のために注意を果たす義務を負うとされ、贈与者は帰責基準を軽減されたうえで瑕疵なき物の給付義務を負うとされている⁽²⁷⁾。一方で日本民法においてはこのような場合に対応する規定は置かれていない。

ここで、贈与などの目的物を第三者から取得して後給付が行われる場面では、問題となる場面が 2 通りあると考えられる。第一に、わが国民法典の 560 条以下の規定に相当する場面であり、他人の所有する財産が贈与の目的物とされた場合である。ここでは、そもそも贈与者など無償契約債務者も他人の所有する財産権を取得して債権者に移転することが可能か、そして第三者から目的物の取得ができず、受贈者など債権者に給付ができないという場合にはどのような責任が生ずべきかが問題となる。第二に、引渡した目的物に権利の瑕疵や物の瑕疵が存在していたという場合である。

1 他人の所有物を贈与の目的としうるか

ここではまず、他人の所有する目的物を贈与契約の目的とすることができるかどうか、贈与者に権利移転義務があるのかどうか問題となる。すなわち、560 条において売主が権利移転義務を負うように、贈与者も権利移転義務を負うのであろうか。

囲を拡大するという規定もある (C.C.1635 条, 1645 条)。さらに判例において、売主悪意の場合にその損害賠償責任を拡大損害にまで及ばせしめるという法理の存在も指摘されている (荻野奈緒「売買契約の目的物の瑕疵に起因する拡大損害」松川正毅＝金山直樹＝横山美夏＝森山浩江＝香川崇編『判例にみるフランス民法の軌跡』(法律文化社, 2012) 222 頁以下)。日本においても、たとえば三宅博士も、瑕疵について詐欺的悪意のある贈与者は、いわば受贈者に生じうるすべての損害を賠償する責に任じてよいとされる (三宅正男『契約法 (各論) 上巻』(青林書院, 1994) 33 頁, 364 頁)。このように 551 条 1 項による悪意を要件とする責任を特別な責任ととらえるのであれば、非難可能性の高い贈与者に同条を規範として全損害の賠償を担わせてもよい、あるいは瑕疵について悪意であったならばそれに基づいて生ずる損害についても予見可能であったとして、416 条を範として損害賠償の範囲を拡大すると考えることもできるように思える。しかし、551 条 1 項の解釈上、同条の定める責任を、悪意を要件とする特別責任として理解しうるかどうかは、さらなる検討が必要であるように思える (なお付言するならば、民法典は随所において当事者の善意・悪意という要素を法律効果発生要件としてのみならず、法律効果、とりわけ損害賠償の範囲に差異を設ける基準としても用いている場合があることを指摘できる。たとえば、189 条・190 条, 703 条・704 条など)。

⁽²⁶⁾ もちろん悪意が 415 条にいう帰責事由を意味することもあり、その限りでは契約締結上の過失責任と 551 条 1 項ただし書による責任とが競合的に生じうることもあろう。しかし、贈与契約が前提として存在し、551 条 1 項ただし書が悪意を要件とする責任を定めている以上は、信義則 (あるいは不法行為) に基づく契約締結上の過失責任が問題とされる余地はないといえる。

⁽²⁷⁾ 第 3 章 IV 一二参照。使用貸借契約に関する BGB600 条には規定はないが、学説は使用貸借の場合にも BGB523 条, 524 条を準用・類推することで、他人から取得した目的物を貸借する場合における瑕疵の問題に対応すべきとされている。

この点、わが国の学説を見ると、それほどこの問題には言及されていないものの、権利移転義務の存在を肯定する説が多い⁽²⁸⁾。これについては、かつて判例は他人の財産を贈与の目的物とすることを否定していたものの、その後立場を変え、他人の財産であっても贈与の目的物とすることができるに至っている⁽²⁹⁾。

贈与契約は、立法者の意図によれば「自己の財産から」給付が行われることが前提とされていたようであるが、他人の所有している財産を取得して贈与するという契約の成立とその効果を否定する理由はないように思われる。その限りでは、贈与者が他人の所有物を取得して給付するという合意も有効であり、その場合には 560 条以下と同様の権利取得および移転義務が生ずることとなろう。このとき、もし贈与者が権利の移転ができないということとなれば責任を負うこととなるが、贈与契約など無償契約の規定にこの場合に対応する規定はない。そのような場合は、560 条以下に準じて、無償契約という特徴を踏まえながら必要に応じて修正のうえで当事者の権利義務を考えるほかないであろう。

それでは、贈与者が目的物を「第三者の所有物」であるとは知らずに贈与してしまい、受贈者が追奪を受けるという場合はどうであろうか。これに関しては、この場面を権利調達義務の違反と見るか、権利の瑕疵と見るかという問題が生ずる。この点、第三者の目的物を贈与の目的とした場合に、贈与者に権利調達義務を承認する学説は、贈与者が第三者の所有物とは知らずに贈与した場合、権利の瑕疵が問題となり、その限りで 551 条 1 項が適用されるとする見解が多い⁽³⁰⁾。その意味では、他人物の贈与という問題を考えるに当たっては、①当事者間で他人の所有する財産を贈与者が取得して給付すべきという契約が成立する場合、そして②贈与者が自己の財産に属すると考えて贈与した目的物が実は他人の所有に属していた場合（権利の瑕疵があった）という場合とが考えられる。

2 他人の所有する財産を目的物とした贈与契約が締結された場合

この場合、当事者間で明確に（あるいは場合によっては黙示に）他人の財産からの贈与という契約が締結されることとなり、贈与者は売主などと同じく、他人から交渉などによって目的物を取得し、その権利を受贈者に移転する義務を負う。その限りで、権利が調達できない場合あるいは完全には調達できない場合には、契約不履行の問題として 415 条によって解決されるべきであることとなる。

3 他人の所有にある目的物が贈与者自身の財産として贈与される場合

この場合、給付した目的物に権利の瑕疵・物の瑕疵があった場合と同様に考えることがで

⁽²⁸⁾ たとえば、来栖三郎『契約法』（有斐閣、1974）238-239 頁、三宅・前掲注(25) 34 頁、広中俊雄『債権各論講義〔第 6 版〕』（有斐閣、1994）35-36 頁、近江幸治『契約法〔第 3 版〕』（成文堂、2006）116 頁など。

⁽²⁹⁾ 比較的近時のものとして、最高裁昭和 44 年 1 月 31 日判決（判時 552 号 50 頁）。

⁽³⁰⁾ 来栖・前掲注(28)239 頁、三宅・前掲注(25)34 頁、近江・前掲注(28)116 頁。広中教授は、他人の所有物と知らないで贈与したような場合には、95 条に基づく錯誤の主張によって、契約を無効とする場合が多いであろうとされる。広中・前掲注(28)36 頁。

きる。すなわち、551 条 1 項が適用され、贈与者は瑕疵について知りながら黙秘していたのでない限り責任を負わないと考えられる。一方で、BGB の規定によれば、他人の財産から取得して給付を行う場合には、この取得行為が相手方の利益にもなるため、必ずしも不注意に行動してはならず、贈与契約の特質のために軽減されてはいるものの、瑕疵なき物の取得義務と引渡義務を負うとされている。

一方で 551 条 1 項では、「自己の財産からの」贈与のみが問題とされている。そのため、他人物贈与を有効とするか否かという問題ではこれを有効であると認めうるとしても、他人物贈与が行われた場合で、その目的物に権利の瑕疵・不存在がある場合の責任規範は何か、という問題がなお生ずることとなる。ここで、債務者が自己の財産から給付を行うという場合を立法者が念頭に置いていたとすれば、BGB523 条 2 項や 524 条 2 項が規定するような場面は、日本法においてはまさに法の欠缺として理解されうることとなる。

贈与者が自己の財産から給付を行うという場面を立法者が念頭に置いていたということ、諸外国のように贈与を軽いものとは見ないという意図からは、契約後改めて贈与者が目的物を第三者から取得し、給付を行うという場合には、551 条 1 項の適用はないと考えるべきという評価に馴染むとも考えられる。しかし、自己の財産から給付を行う場合と他人の財産から取得したのちに給付を行う場合とで、担保責任が免除されるか否か、551 条 1 項に従って善意か悪意かで帰責を判断するのか、415 条に従ってより広く帰責事由の有無に従って判断するのかという差を設けることには合理性がないように感ぜられる。どちらの場合でも、結局は無償の財産給付に代わりはなく、特に債務者の責任を区別づけるべき理由は見当たらない。そのため、この場合でも 551 条 1 項の文言に忠実に、贈与者は目的物の瑕疵を知りながら目的物を取得し、給付したのでなければ責任を負わないとするのが妥当ではなかろうか。

そのためここでも贈与者などは、目的物に瑕疵があるということを取得の際に知りながら告げなかったという場合でなければ、責任を負わないと考えるべきである⁽³¹⁾。

なお、債務者が目的物を取得する際に、瑕疵があることを知らなかったことについて重大な過失がある場合、551 条 1 項等に基づく担保責任ではなく、415 条に基づく債務不履行責任、あるいは信義則を媒介として問題となる説明義務違反など、さらには場合によっては不法行為責任も問題となりうるのは、自己の財産から給付を行う場合と同様である。

Ⅲ 無償委任および無償寄託における債務者の注意義務について

委任契約と寄託契約とは、どちらも他人に対して役務を提供する形態の契約であるにも

⁽³¹⁾ 前掲注(28)に挙げた各学説も同様に解している。ただし、だからといって第三者から目的物を取得して給付する贈与者が、たとえば売主と全く同質同量の責任を負うとは限らない。対価がないという点や、具体的な当事者意思を推察すれば、過失相殺の法理を用いての責任の調整や黙示的な注意義務・責任の軽減を認定するという点では売買などよりも多くの場面でこれが認められうるのではと推測され、そういう意味では結果的に売主よりも責任が軽減されることになることも多いであろう。あくまであらかじめ贈与者などにも 659 条を一般原理として準用・類推適用したり、BGB521 条を参考に帰責のための基準を緩和したりするという解釈措置は正しくないのではないかとということである。

関わらず、日本民法では役務提供者の負うべき注意義務に違いがみられる。すなわち、委任契約では契約が有償である場合と無償である場合とを問わずに、受任者に対しては 644 条に従って善良なる管理者の注意義務が要求される一方で、寄託契約では、契約が有償である場合には善良なる管理者の注意義務が要求され、契約が無償である場合には 659 条に従って自己の財産に対するのと同じ注意のみを要求される。

フランス民法では、委任においても寄託においても、契約が有償の場合と無償の場合とで債務者の責任や注意義務について差異を設けている。受寄者の義務に関する C.C.1927 条および 1928 条では、有償寄託の場合には無償寄託に比べて受寄者に対して高度の注意義務が要求されることとなっている。そして委任に関する C.C.1992 条 2 項では、委任が無償である場合には、有償である場合と比べて受任者のフォートをより緩やかに評価すると規定されている。

日本における学説では、同じ無償契約でありながら、委任では契約が無償であっても寄託のように債務者の義務などを制限する措置を設けていないことについてこれを批判し、C.C.からの示唆や 659 条の類推適用などによって、無償委任契約において受任者に何らかの責任制限を認めるべきという見解が有力である⁽³²⁾。

委任契約の本質を無償としながらも、日本民法と同じように受任者の責任について配慮措置を設けない BGB においても、学説では場合によっては無償委任契約受任者の責任制限が認められてよいとする学説もある⁽³³⁾。

無償寄託契約において受寄者の負う義務である自己の財産に対するのと同じ注意義務については、それほど議論は見られないが、ドイツ法においては付随義務や保護義務にもこの注意基準に従って帰責が判断されるべきか、そして不法行為責任と競合する場合、この注意基準をもって不法行為責任をも判断すべきかに関する議論がみられる。

一 無償委任契約における受任者の義務・責任

すでにみたように、644 条は受任者に対して報酬の有無にかかわらず善良なる管理者の注意という高度の注意義務を要求している。学説ではこのような法典の態度に対する批判も有力であり、論者によって差異はあるものの、無償受任者の義務や責任を減ずるべきとする意見が多い。また、ドイツにおいても受任者の責任が制限される場面があつてよいことが示唆され、フランスでは C.C.1992 条 2 項によって有償委任におけるフォートの判断と無償委任におけるフォートの判断とに差異が設けられている。

比較法からの示唆も踏まえ、これらを総合すると、無償委任において受任者の責任制限を

⁽³²⁾ 詳しくは前章Ⅳ―四。

⁽³³⁾ たとえば、*Stefan Grundmann, Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte*, AcP 198 (1998), S. 471; *Dieter Medicus, Bürgerliches Recht*, 21. Aufl., 2007, Rn. 368 f.; *Münchener Kommentar / Hermann Seiler*, 5. Aufl., 2009, § 662 Rn. 53 ff.; *Nk-BGB / Martin Schwab*, Bd. 2 / 1, 2. Aufl., 2012, § 662 Rn. 24. その内容は、委任者に不意に生じた危険回避のための委任契約の場合に、緊急事務管理のための規定である BGB680 条を準用し、あるいは「信託的要素」のない委任契約の場合には、高度の注意義務が要求されないとするものである。

認めるための考え方として、以下の 3 つの類型にその立場を分類することができる。すなわち、①義務や責任の制限をあらかじめ法律上規定するのではなく、無償という要素の評価を裁判官の判断に委ねるのか、②当事者の意思解釈＝契約解釈レベルで責任制限（の合意）を認めるのか、あるいは③条文解釈＝644 条の解釈レベルで無償受任者の責任制限を認めるのかである。この区分は無償受任者の責任制限の問題を検討するにあたって重要となると思われる。

（一）無償受任者の責任制限を裁判官の判断に委ねる場合

C.C.1992 条 2 項は、その文言によれば受任者の注意義務を軽減しているのではなく、あくまで有償委任の場合に比して、無償委任の場合にはフォートの判断（帰責判断）を緩やかに認定するべきという規範を示しているに過ぎない⁽³⁴⁾。また、日本においても旧民法では C.C.1992 条と同旨の規定があり⁽³⁵⁾、現行民法成立過程における議論でも、無償委任について裁判官の判断によって、判決を下すに当たって無償受任者の責任制限や注意義務の軽減がありうるということが示唆されていた⁽³⁶⁾。

こうした立場は、基本的には受任者に対して有償と無償とで同じく原則として高度の注意義務の基準を要求しながらも、契約の無償性（＝報酬の有無）などの要素を考慮して、無償受任者の責任判断を裁判官の裁量にゆだねるというものである。たしかに、契約が無償である場合には、有償である場合よりも債権者が債務者に対して、その義務履行に際して期待しうることや、不履行という事態に対して債権者を保護すべき理由が少なくなるのではないかと推測することは認められよう。このような措置は特に法律に規定がなくとも裁判官が判決を下すに当たり種々の事情を考慮することで任意になしうることであるため、C.C.1992 条 2 項や旧民法取得編 239 条のような規定がないからといって、このような裁判官の裁量による措置が実現されないということはない。むしろ、規定はなくとも裁判官が契約の無償性などを考慮して、実務上無償契約債務者の責任を制限するということも十分に考えられる。

（二）当事者の意思解釈、契約解釈による無償受任者の責任制限

日本における多くの学説は、無償受任者にも高度の注意義務が要請されることを承認しながらも、委任契約の内容によっては当事者間で黙示の注意義務軽減の合意がなされているものとし、あるいは 659 条を準用し、またあるいは緊急事務管理に関する 698 条を類推してよいとするものが多い⁽³⁷⁾。またドイツの学説でも、BGB157 条による契約解釈を通じた無償受任者の責任制限を主張し、あるいは委任契約の内容によって高度の注意義務の要

⁽³⁴⁾ たとえば、P. Pétel, Les obligations du mandataire, Litec, 1988, n°s 157 s.

⁽³⁵⁾ 財産取得編 239 条。委任が無償の場合には、過失の評価を比較的寛大にするという。

⁽³⁶⁾ 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 4 法典調査会民法議事速記録四』（商事法務研究会，1984）604-605 頁。重岡薫五郎委員の質疑に対する富井政章博士の回答参照。

⁽³⁷⁾ 前章 IV 一五参照。

求を不当とし、また BGB680 条の類推適用によって受任者の責任が制限されるべきとする見解がみられる⁽³⁸⁾。

これらについても、無償委任全般について、例外なく高度の注意義務を要求することが公平でないとして、当事者の合意内容や委任契約の目的・内容によっては無償受任者に高度の注意義務が要求されえないとしているが、結局は原則（644 条の適用）に対する例外を認めているに過ぎないためにこれも無償契約における責任制限法理とはいえないように思われる。上記裁判官の判断にゆだねる立場と同様に、裁判上受任者に高度の注意義務を要求し厳格に責任を負わせることが公平でない場合には、例外的に 644 条の注意義務が軽減され、あるいは事務管理規定が類推されることで、受任者に過度の注意義務が負わされることのないようにしなければならないとしているに過ぎない。

（三）無償委任では原則として 644 条の適用が否定されるべきか

上記 2 つの立場に対して、加藤雅信教授は、無償委任では有償委任と違って 644 条の適用はなく、無償受任者は一般に善管注意義務違反に対する責任を免れているとする⁽³⁹⁾。加藤教授のように、委任の無償性に鑑みて、この場合には 644 条の適用が否定されるべき＝無償受任者の注意義務が軽減されるべきとする立場は、まさに無償委任契約において注意義務の一般的制限という法理としての責任制限を樹立しようとする試みに他ならない⁽⁴⁰⁾。

しかし無償委任契約一般における責任制限法理として、善良なる管理者の注意義務が要求されないとの理解は、無償契約という類型が持つ責任論的意味が今日の社会において増大しているとするのであれば格別として、そうでない限りは民法の体系と立法者の意思とに反する理解であるといわざるをえない。また、贈与などでは財産権の譲渡が目的となる以上、譲渡するまでの保管や譲渡に際しては、売主など有償契約の債務者と同等の注意が要求されてよいのではないだろうか。この点について、実際のところ無償契約債務者の責任制限が喫緊の課題となっているとはいいい難いであろう。そうであるとすれば、無償契約の責任制限法理として無償委任者に善管注意義務が要求されえないとすること、659 条が無償契約一般のための責任制限法理であるとすることは、早急に過ぎると評価せざるをえないであろう⁽⁴¹⁾。

(38) 第 3 章 V——。

(39) 加藤雅信『契約法』（有斐閣，2007）26・27 頁，421 頁。

(40) 加藤教授はそもそも無償契約一般について 659 条が適用されるべきと解されているので、その限りでは、まさに「無償契約のための責任制限法理」として 659 条をその根拠とされているといえよう。

(41) なお、委任契約における被侵害利益について、履行利益と完全性利益とを区別し、前者は後者に比較して保護に値しえないとする Grundmann および Schwab の見解（Vgl., Grundmann, a. a. O. [Fn. 33], S. 471; *Nk-BGB/Schwab*, a. a. O. [Fn. 33], § 662 Rn. 24）に対しては、次のような疑問を提示できよう。すなわち、特に Grundmann は委任契約における不完全給付によって侵害される利益が完全性利益であり、同利益の保護の要請が高いことから、委任契約では完全性利益侵害に対する責任の制限を認めるべきでないというが、契約の目的が完全性利益となっている場合（＝履行利益の保護が完全性利益の保護となる場合）と契約の履行に際して完全性利益を侵害する場合とで区別する必要がある、一概に履行利益であれば比較的保護に値せず、完全性利益であれば保護に値するとはいえないのではないだろうか。

二 無償寄託における注意義務の軽減（659 条）について

委任契約においてはその無償性を理由とした受任者の責任制限の規定という立法措置がなされておらず、また 644 条に関する解釈論による法理定立も困難である一方で、寄託契約においては無償寄託のために受寄者の注意義務を軽減するという立法措置が採用されている（659 条）。このように、寄託契約について有償の場合と無償の場合とで受寄者の注意義務や責任に差異を設けるという措置は、歴史的にも比較法的にも一般的にみられるところである⁽⁴²⁾。

（一）注意義務軽減の根拠について

無償受寄者の注意義務が軽減される理由は、法律上明確に示されているように契約の「無償性」に起因するのであるが、実際にはこの無償性が、①債務者の好意と②無償寄託に際しての当事者意思の推定との 2 通りの説明がなされていることがわかる。すなわち、「好意によって義務を引受けた者に対して厳格な責任を追及することは許されない」とする理由づけと⁽⁴³⁾、「自己の物を何者かに委ねるという場合、寄託者は受寄者の平常からの注意を知ったうえで委ねるのが通常であるため、受寄者にそれ以上の注意を要求できず、またたとえ受寄者が注意を欠く者であったとしてもそのような者に自己の財産を預けてしまった自らを非難すべきである」⁽⁴⁴⁾という理由づけである。

無償寄託において 659 条が受寄者の注意義務を軽減している理由についても、契約の無償性がそうであるものの、無償寄託では、その無償性に内在している要素のうち、贈与とは別の要素が強く表れることで注意義務軽減を見美していることに注意が必要である。もちろん、無償寄託であることから対価の不存在という意味での無償性は認められるが、無償寄託契約における立法者のいうように、無償の受寄者は対価を受け取ることなくただ相手の財産を自己の保管下に置くのみである。無償で対価を支払うことなく自己の財産を他人に預ける以上、寄託者は受寄者の通常の注意を知っているからこそ寄託をするのであり、受寄者が注意深くない者であって自己の財産が損なわれるとしても、注意深くない受寄者でも彼自身が普段自己の財産に対して果たしている注意を用いていれば十分といえるのであり、むしろそのような注意深くない者に対して対価なしに自己の財産を委ねた寄託者自身により非難可能性があるというべきであろう。

⁽⁴²⁾ ただしドイツ民法立法過程をみると、第一委員会によって無償寄託契約のための責任制限規定を設けないとされる例もあった。第 2 章参照。

⁽⁴³⁾ 債務者の好意という側面を直接に指摘する見解は、日本の学説にみられる。たとえば平野裕之『契約法（第 3 版）』（信山社、2008〔初出 1996〕）658 頁、加藤・前掲注(39)444-445 頁など。

⁽⁴⁴⁾ Gai. D. 44, 7, 1, 5（これについては第 1 章参照）；Christoph Christian Dabelow, Handbuch des Pandekten-Rechts in kritischer Revision, T.2, 1817, S. 418；Karl August Dominikus Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, Bd. 2, 1840, S. 665 f.；I. Avanzini, Les obligations du dépositaire, Litec, 2006, n° 71, n°s 73 s. さらに日本においても、立法者である富井博士および梅博士（それぞれ司法法制調査部・前掲注(36) 760-761 頁、梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権編（復刻版）』（有斐閣、1987）768-769 頁）、岡松参太郎博士（同『民法理由債権編』（有斐閣書房、1897）次 312-次 313 頁）などが主張される。

（二）659 条の射程について

ドイツ法では、無償受寄者の注意義務を軽減する規定である BGB690 条の基準が、給付義務以外の付随義務・保護義務や、不法行為責任に対しても適用されるか否かという議論が展開されている⁽⁴⁵⁾。日本においても、ごく少数であるものの 659 条と完全性利益侵害場面との関係や不法行為責任との競合について論ずるものがある⁽⁴⁶⁾。

ドイツ法の議論を見るに、競合する不法行為責任に対しては、契約法規定を無意味なものにしないために BGB690 条を不法行為責任にも適用すべきとする見解が多数説であるようだが⁽⁴⁷⁾、諸説が林立している状況にあるようである。

たしかに寄託契約の目的は寄託者の財産の保護であり、とりわけ目的物の損傷や滅失は寄託者の既存財産に対する損害であり、完全性利益侵害場面を表すこととなりうる。しかしここでは、受寄者の負う給付義務とそれ以外の義務とを区別すべきである。寄託契約の目的が相手方の財産の保管即ち完全性利益保護をも意味しうることは確かだが、ここでの完全性利益保護は受寄者が本来的に負う給付義務となっている。そうであるとすれば、目的物に対して「自己の財産に対するのと同じの注意」という基準で損害をもたらさないという給付義務が無償寄託における中核債務なのであり、この場面において不法行為責任をあえて問う必要はないのではないだろうか。

そして給付義務以外に信義則や契約解釈に従って受寄者に要求されうる完全性利益保護のための義務違反については、給付義務を対象とする 659 条の適用はないというべきであり、その限りで、無償受寄者の責任は 400 条の基準かあるいは 709 条の基準によって決せられるべきであろう⁽⁴⁸⁾。

IV 民法典における無償契約債務者の責任制限法理の存否

以上、本稿では民法典に規定されている無償契約類型に着目し、そこで規定されている無償契約債務者のための責任制限規定の解釈論を中心に、比較法的検討を試みた。本節では、検討の締めくくりとして、本稿の課題でもある無償契約債務者の責任制限法理が民法上存在するかどうか、存在するとすればどのような態様で存在するのかを明らかにすることを試みたい。

一 有償契約債務者と無償契約債務者との契約義務構造の差異

今日では 415 条の規定する債務不履行責任の構造解明を中心に、契約義務構造論や契約責任論の進展が目覚ましい。しかし、それら議論で前提とされている契約類型は有償契約で

⁽⁴⁵⁾ 第 3 章 V—二参照。

⁽⁴⁶⁾ 辻・前掲注(5) 185-186 頁、平野・前掲注(43) 658 頁および同頁注 3。

⁽⁴⁷⁾ 第 3 章 V—二参照。

⁽⁴⁸⁾ 完全性利益保護が契約規範と不法行為規範とのどちらの規範によって実現されるべきかは争いのあるところであるが、私見によれば、659 条の責任制限が及ぶのは本来的給付義務違反の場合のみであってこのとき不法行為責任とあえて競合する必要を感じないために、給付義務以外の義務違反と不法行為責任との競合問題は検討対象外となる。

あるが故、そこでの理論的到達点为本稿の扱う無償契約類型における義務構造や責任論にもあてはまるかどうかが問題となる。

民法典の規定する無償契約類型は、贈与、無利息消費貸借、使用貸借、無償委任、無償寄託であるが、それぞれについて対応する有償類型が存在する。それぞれ有償類型と無償類型とを比較したとき、債務者の負う義務構造にどのような違いがあるか。

（一）売買と贈与

売買と贈与は、ともに債権者（買主／受贈者）に対して目的物の財産権を移転することを目的とする契約である。条文に現れている主な相違は、担保責任の有無である。すなわち、目的物に権利の瑕疵や物の瑕疵が存在した場合、売主は 560 条以下に規定されている担保責任を負う一方で、贈与者は 551 条 1 項により、そのような瑕疵のための責任を原則として免れている。この限りでは、目的物に瑕疵があつてそれがために問題が生ずるという場合に売主と贈与者とで負うべき責任に相違があるといえる。

しかし、それ以外ではどうか。たとえば義務構造論では、売主の負う主たる義務である給付義務のほか、契約関係において要求されるさまざまな義務が存在することが指摘されている。給付義務実現のために必須となる従たる給付義務や、信義則上要求される相手方の法益保護のための保護義務などがその一例である⁽⁴⁹⁾。贈与者にも財産権譲渡という給付義務が認められることについて異論はないところであろうが、売主や有償契約債務者が負うような、契約関係において要求されるさまざまな義務（たとえば給付義務実現のために必要な従たる給付義務や、相手方の完全性利益保護のための義務など）を贈与者も負うのであろうか。

この点、贈与者が瑕疵担保責任を免れている理由が参考となる。上述のように、贈与者をはじめとして各無償契約債務者が一定の義務や責任を免れている理由は、非対価性という客観的要素のみならず、好意といった主観的要素などさまざまな要素を含む無償性を総合的に勘案してのことであるが、担保責任が対価性維持のための特別な責任であることを考えると、贈与者が担保責任を免れるのも、非対価性という客観的要素が強く表れるためである。一方、給付義務に付随する種々の義務や、契約関係において信義則上要求される義務も、贈与者は無償性のためこれを免れるのだろうか。

給付義務実現のために必要な従たる義務や、契約関係において信義則上要求される義務は、対価の存在を前提とする義務でないことは明らかである。合意によって生ずる債権債務の内容、契約関係から信義則を通じて要求される義務は、債務者がそれぞれどのような合意をし、そこからどのような義務を負うのかが各具体的事例において対価の有無に関わらず

⁽⁴⁹⁾ 契約関係において債務者がいかなる義務を負っているのかに関わる義務構造論については、諸説が林立しており、こうした義務構造論そのものに異議を唱える見解さえみられるといわれる。本稿では詳しくは立ち入らないが、さしあたって長坂純『契約責任の構造と射程』（勁草書房、2010）137 頁以下を参照。

導かれるべきである⁽⁵⁰⁾。そうだとすれば、担保責任の有無という相違以外には、売主と贈与者とで負っている義務構造にそれほど差異はないのではないであろうか。無償契約の事例ではないが、無償行為を原因とする損害の発生とその賠償請求が争われた各裁判例でも、好意や無償性といったことを理由に当事者の負うべき義務を免除し、あるいは軽減することを認める裁判例は少ない⁽⁵¹⁾。このことから、無償契約であるからといって、債務者の負うべき義務が有償契約債務者のそれと比して一般に免除され、あるいは軽減されて然るべきとはいえないこととなる。

(二) 賃貸借と使用貸借⁽⁵²⁾

賃貸借と使用貸借とでは、条文上明確に、売主と贈与者との関係と同様に担保責任の有無という差異が見受けられる。ただし、売買契約の場合とは異なって賃貸借契約における賃貸人の担保責任の意義はそれほど大きくないとされ、それというのも賃貸人は賃借人に対して使用収益をさせる義務を負っているためとされている⁽⁵³⁾。一方で無償の財産権利用型契約である使用貸借においては、貸主は借主に対し、目的物使用の容認という消極的義務を負うのみで、賃貸人が負うような積極的な使用収益させる義務、修繕義務などは負わないとされている⁽⁵⁴⁾。この点で、賃貸人と使用貸借貸主とは、給付義務の内容そのものに大きな違いが存在するということになる。

しかし、契約の効力に基づいて、相手方に財産権を利用させるという内容での給付義務が存在することに代わりはない。たとえば目的物の利用を貸主側が妨害するような行為（たとえば期限前に貸借目的物の返還を強要すること）は許されないものとされており、この点では賃貸人と使用貸借貸主を負う義務内容に差異はない。ただ、給付義務の内容を全体としてみたとき、借主側が目的物の使用ができるために貸主が積極的な行為・負担を要求されうる

⁽⁵⁰⁾ このことから、もちろん具体的事例では、ある義務の存立基盤が対価の存在にあるという場合も考えられるのであり、その限りでは対価の存否が義務の存否と結び付くこともあるといえる。

⁽⁵¹⁾ 大阪地方裁判所堺支部昭和 43 年 8 月 8 日判決（判時 552 号 66 頁）、神戸地方裁判所昭和 51 年 2 月 24 日判決（判時 831 号 75 頁）、津地方裁判所昭和 58 年 2 月 25 日判決（判時 1083 号 125 頁）、津地方裁判所昭和 58 年 4 月 21 日判決（判タ 494 号 156 頁）。ただし、鹿児島地方裁判所平成 1 年 5 月 29 日判決（判タ 708 号 213 頁）では無償の町内会長が草刈奉仕作業の際に任意の参加者に対する注意義務・配慮義務を、役職の無償性から制限し、東京地裁平成 10 年 7 月 28 日判決（判時 1665 号 84 頁）では、無償のボランティアといえども 644 条に従って善管注意義務を負うとしながらも、素人であるボランティアには専門家に対して要求しうるほどの注意は要求しえないとする。なお、事案の概要と判旨については、第 5 章—V 参照。

⁽⁵²⁾ 消費貸借も、利息の有無に応じて債務者（貸主）の義務（担保責任）に相違を設けている財産権利用型契約であるが、利息付消費貸借と無利息消費貸借では担保責任の有無のみが主に問題となるために、売買と贈与との関係にむしろ近いといえる。

⁽⁵³⁾ 賃貸人の担保責任と使用収益させる義務との関係は、新田孝二「賃貸人、売主の瑕疵（とくに瑕疵結果損害に対する）担保責任」明治学院大学法学部編『法と政治の現代的課題』（第一法規，1987）1 頁以下参照。

⁽⁵⁴⁾ 我妻・前掲注(2)376 頁、近江・前掲注(28)176 頁、平野・前掲注(43)439 頁。このような措置についても、契約の無償性がその理由であると推測されるが、具体的にその理由がどこに存在するのか（対価の不存在であるのか好意といった要素も考慮されてか）は明らかでない。なお、賃貸借契約においても特約によって修繕義務を賃借人の負担とすることは可能である。これについて詳しくは、新田孝二「不動産賃借人の修繕義務」同著『危険負担と危険配分』（信山社，1998）269 頁以下参照。

か否かの違いに過ぎないともいえる。また、契約関係において信義則上要求されるような各種義務は使用貸借貸主に対しても要求されうるものであり、この限りで程度の違いはあるものの、基本的義務構造に相違はないともいえる。

（三）有償委任と無償委任、有償寄託と無償寄託

この 2 つの役務提供型契約類型にとって特徴的であるのは、民法が同一契約について有償の形態と無償の形態とを法典上承認しつつ、その差異に応じた法律規定をほとんど設けていないという点である。有償無償に応じた規定の差異は、わずかに報酬に関する 648 条および無償受寄者の注意義務に関する 659 条のみ見受けられる。このことから、委任契約および寄託契約においては、有償委任・無償委任、そして有償寄託・無償寄託とで債務者にそれぞれ要求される法律上の義務の種類や内容についてほとんど差異はないといえる⁽⁵⁵⁾。

しかし、659 条において無償受寄者の注意義務が軽減されていることには注意が必要である。法律上、受寄者に要求される各種義務（目的物の保管、無断複寄託の禁止、通知義務など）に契約の有償無償に応じて差異は設けられていない。学説でも、659 条は、債務者が具体的に負う義務の種類や制限ではなく、義務違反の判断のための基準の違いとして捉えられる傾向にある。一方諸外国の議論では、有償寄託と無償寄託とで、債務者に要求しうる義務がそもそも異なっているという意見もある⁽⁵⁶⁾。また、契約において債務者が果たすべき各種義務の違反の有無を、具体的行為義務違反の有無によって判断するならば、善良なる管理者の注意義務と自己の財産に対するのと同じの注意義務との差異は、債務者が具体的にどのような義務を果たすべきかの差異として現れることも考えられ、その限りでは 659 条による注意義務軽減は、無償受寄者に要求される義務そのものが一定限度に制限されているともいえる⁽⁵⁷⁾。ただし、自己の財産に対するのと同じの注意が相対的な注意基準であり、場合によっては善管注意義務と変わらない義務が要求されうるということにも注意が必要

⁽⁵⁵⁾ 特に委任契約では、無償委任が形式上の原則形態であることから、報告義務や受領した金銭および果実の引渡義務なども、当然に無償受任者の負うべき義務であろう。委任契約および寄託契約において、債務者が具体的にどのような義務を負うのかに関してこれを扱うものは少ないが、委任契約に関しては、中川高男「受任者の善管注意義務」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅳ（雇用・請負・委任）』（有斐閣，1963）269 頁以下、四宮和夫「委任と事務管理」谷口知平教授還暦記念発起人『不当利得・事務管理の研究（2）』（有斐閣，1971）306 頁以下など、寄託契約に関しては、松本暉男「寄託契約」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅴ（特殊の契約Ⅰ）』（有斐閣，1963）3 頁以下など参照。

⁽⁵⁶⁾ 特にフランス判例法に顕著である。同法では、無償でクリーニングのために預けていた衣服が虫食いによって痛んでしまった事例、無償で預かっていた車が戦火のために滅失してしまった事例で、契約の有償・無償という差異に着目して債権者は無償の債務者に対して、有償の債務者に対して要求しうることもまでは要求できないとされた。それぞれ Lyon 商事裁判所 1920 年 8 月 13 日判決（D. 1921, 2, 76），破毀院第一民事部 1954 年 12 月 22 日判決（D. 1955, 252）。詳しくは第 4 章Ⅲ—参照。ドイツでも、Medicus が、特に贈与者と使用貸借貸主の責任制限について述べるに当たり、責任基準の制限は、一定の基準に達していればそもそも義務違反と評価しえないために義務そのものの制限でもあるとする。特に無償受寄者の注意義務軽減に関する BGB690 条などでは、受寄者は保管のために特に注意を果たす義務を負わない（自己の財産に対するのと同じの注意さえ果たせばよい）という。Dieter Medicus, Zur Reichweite gesetzlicher Haftungsmilderungen, in: FS Odersky, 1996, S. 596.

⁽⁵⁷⁾ このことは、659 条を無償契約の一般法理と考えてそのため無償契約類型（贈与や無償委任など）にも適用せしめようとする場合には、それら契約類型の債務者に対しても当てはまることである。

である。その場合にはもちろん、無償受寄者といえども善良なる管理者相当の義務を果たす必要がある。

このように、無償を原則形態とし、法律上有償の場合と無償の場合とで区別が設けられていない委任契約では、有償受任者と無償受任者とで負うべき義務の内容に違いはないという。一方で、有償寄託の受寄者と無償寄託の受寄者とでは、要求される注意義務の程度が異なっている以上、具体的事例においてはそれぞれに要求される具体的な義務の内容や種類、たとえば保管のために要求される措置などにも差異が生じうる

（四）無償契約債務者の責任制限法理としての義務の制限？

以上見てきたように、有償契約類型と無償契約類型について、それぞれ債務者が負うべき義務について比較する場合、その違いがさまざまであることがわかる。「債務者の責任が制限される」ということが無償契約類型の特徴として指摘されるが、各類型を見ていくと、①義務構造が基本的に変わらないもの（委任）、②主たる給付義務について相違はないものの、一部の義務に違いが生じるもの（贈与、使用貸借）、そして③給付義務の内容そのものに相違が生じるもの（寄託）に分類できる。

このように見ていくと、無償契約類型それぞれについて義務の制限や責任の制限が認められる場合もあるが、この制限はあくまで当該無償契約類型の性質、契約給付義務構造の特徴によるものであることが大きく、それゆえにいくつかの形態の責任制限が生じていると考えられる。すなわちこのことから、無償性という点を理由に対価のない無償契約であることから直ちに債務者の負うべき義務の種類や内容が制限されるということにはならないといえる。このことは、契約債務の発生原因が合意であるということからも裏付けられる。もちろん、対価を要求しないという合意から、有償契約の場合には要求できるような一定の義務を、無償契約では要求しないという契約内容を導出することもできよう。しかしそれは、あくまで「対価の不存在」という点を考慮に入れた契約解釈の結果であって、対価の不存在そのものから一定の義務制限が導かれるわけではない。

以上、無償契約債務者の負う義務構造を有償契約債務者の負う義務構造と比較したとき、いいうことは、各無償契約類型を個別に見たとき、それぞれの無償契約の特質・性質に応じた義務や責任の制限は認められうるが、このような義務制限はそれぞれの無償契約にとって特徴的な制限に過ぎず、一般法理としての責任制限に関係するものではないということである。

二 無償契約債務者の責任範囲の制限？

それでは、無償契約について一般法理としての責任制限は存在しないのであろうか。有償契約と無償契約とで義務構造に違いもあるが、同一の義務が問題となる場合もある。たとえば、売買と贈与とで目的物を債権者に引渡すという給付義務に違いはないであろう。すなわち、約束した期日に目的物を引渡さない、あるいは引渡すことができなくなったという障害

が生じた場合、415条に従って債務不履行責任の有無が問題となる。

ここで債務者側に帰責事由ありと判断された場合、有償契約であれ無償契約であれ、損害賠償の責任（場合によってはその他の法律効果）が生ずることとなるのであるが、有償契約において債務者が賠償すべき損害の範囲と、無償契約において債務者が賠償すべき損害の範囲は同一とどういうか。もちろん、目的物を引渡さないことや、合意に適した委任事務を実行しないことで生じうる損害は客観的には有償契約の場合と無償契約の場合とで同一である。有償契約と無償契約とで共通して問題となる義務の違反について、そのことによって生ずる債権者の損害を賠償するための責任も、有償契約と無償契約と共通しているのだろうか。

この点、ドイツの学説や日本におけるいくつかの判例・学説において主張されているように、対価の不存在、債務者の好意・寛大さという無償契約の要素を、債務者が賠償すべき損害の範囲という責任の効果において評価すべきという見解に注目できる。たとえばドイツでは、無償で動物を貸借してその動物によって損害が生じたという場合、当事者間に契約関係（使用貸借契約）が認められなければBGB599条といった責任制限規定は適用されえないが、BGB254条を用いた損害賠償額の調整を施行すべきとの見解が存在する⁽⁵⁸⁾。日本でも、いわゆる隣人訴訟やそれに類似する無償行為者の責任について扱われた判例や、一部の学説において、無償行為や無償契約が問題となっている場合には、義務の制限というよりむしろ、損害賠償額の軽減を認めるべきことが指摘されている⁽⁵⁹⁾。さらに *Grundmann* や石本博士、広中教授などは、無償契約においては、「無償性」という要素をBGB254条や当事者意思解釈に反映させ、その結果として損害賠償義務の減額というかたちでの責任制限が認められるべきと主張される⁽⁶⁰⁾。

たしかに、対価なくして目的物を取得、利用し、あるいは役務の提供を受けるような無償契約債権者が、その期待する契約利益が達成できなかったからといって、いわゆる履行利益

⁽⁵⁸⁾ たとえば *Werner Flume*, Anmerkung des BGH, Urt. v. 14. 3. 1961 - IV ZR 189/59, JZ 1961, 606; *Herbert Schließ*, Abwägungskriterien bei der Schadensausgleichung nach §254 BGB, NJW 1965, 677; *Hans-Joachim Hoffmann*, Der Einfluß des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmaß, AcP 167 (1967), 394 ff., 407; *Rudolf Westerhoff*, Ist die Entscheidung gerecht? -Methodische Wertung am Beispiel eines Reitunfalls-, JR 1993, 497 ff., 502 参照。これらは、好意や無償性といった観点も考慮して、無償行為に基づいて生じた損害の賠償範囲については、BGB254条に従って賠償範囲の調整がなされるべきとする。一方、BGH, Urt. v. 9. 6. 1992 - IV ZR 49/91 (NJW 1992, 2474 ff.)は無償行為が原因で損害が生じた事例に関する判例であった。同判例では、当事者間に契約関係が認められず、BGBの規定する責任制限規定の準用はないとされた。しかし損害賠償額の決定に際して、BGB254条によった賠償額の調整を志向する。ただし貸主（加害者）側の好意や行為の無償性を指摘してのことではない。

⁽⁵⁹⁾ 無償行為者の損害賠償額の制限を認めた判例として、津地方裁判所昭和58年2月25日判決（判時1083号125頁）、津地方裁判所昭和58年4月21日判決（判タ494号156頁）がある（これらについては、第5章V—参照）。ただし判決では、行為者側の好意や無償性のみを考慮して減額措置を認めたのではなく、好意も含め、あくまで当該事例において現れている諸事情全体を考慮してのことである。

⁽⁶⁰⁾ *Grundmann*, a. a. O. (Fn. 33), S. 457 ff., S. 470 f., 石本雅夫『無過失損害賠償責任原因論〔第一巻〕』（法律文化社、1983）351頁、広中・前掲注(6) 129-130頁。石本博士は契約の有償無償という差異によって、帰責構造、責任内容やその量の差異を承認する余地があるべきということはあらゆる時代において法が目指すべき公平さの実現であるとされる。広中教授は、特に無償受任者の責任について、有償受任者と無償受任者は、責任を負うための要件を一にするが、このことは責任の量についてはそうではないとされる。

や得べかりし利益といった損害についてすべて賠償を請求することは公平でないようにも感じられる。無償契約債務者であっても一定の義務を負うことは当然でもあり、特に委任契約では法律上有償の受任者と無償の受任者とでは義務の内容種類に変わりはない。しかし、共通する義務の違反だからといって、その義務違反、債務不履行から生ずる損害という結果についてすべて不履行を招いた無償契約債務者に負担させてよいかは疑問が残る。無償契約債権者は、契約から得られる利益が確実に取得できることを期待すべきではなく、もし不履行という事態になったとしても、対価を支払わない以上は不履行によって逸した利益を損害として請求することを許されないというべきではないだろうか。

そしてこのことは、各無償契約類型に共通しているとも考えられる。委任契約は、無償契約であることを原則としている以上、法律上要求される義務も有償の受任者と無償の受任者とで差異はない。しかし、彼らが同じ義務に違反して同じ損害が債権者に生じたとしても、やはり無償受任者に対しては、対価の不存在、債務者の好意といった無償契約類型の特質から、その全額の賠償は認められないというべきではないであろうか⁽⁶¹⁾。

このことから、無償契約債務者の責任制限法理とは、責任の量的制限法理、すなわち損害賠償額の減額法理として存在するものと考えられる。具体的には損害額を算定する際に、416条の枠内で無償契約における通常損害の範囲を制限し、あるいは過失相殺法理を用いることなどによって実現されることとなろう⁽⁶²⁾。

V 結 語

無償契約における債務者の責任制限法理を巡る問題については、おおよそ以上のように整理することができるであろう。ここではこの問題に対する私見を簡単にまとめておくこととする。

一 無償契約における責任制限法理

日本の学説では、ドイツ法（BGB521条、599条）そして659条の規定を根拠に、無償

⁽⁶¹⁾ 一方、このような責任の量的制限としての責任制限法理がいわゆる完全性利益侵害による損害賠償義務に対しても及ぶるか否かは問題となる。完全性利益が債権者にとって特に保護に値すべき法益であることはたしかである。無償契約債務者の責任基準を巡るドイツ法における議論では争いがあるものの、これを肯定する見解もある。日本の判例では、制限を認める判例とそうでない判例とが見られる。この点は、やはり当該事例において現れる諸事情を考慮して減額が相当かどうかを決するほかないと思われる。

⁽⁶²⁾ フランス判例法および学説では、このように無償契約債務者の責任の量を制限するという措置に反対する傾向が見られる。判例では、破毀院第一民事部1980年1月4日判決（Bull. civ. 1, n° 11; D. 1980, IR, 232）は、「C.C.1992条2項の文言によれば、フォートに関する責任は委任が無償である場合には、報酬が受け取られる場合よりも厳格でなく適用されることになるが、この規定はフォートの評価にのみ関連し、そして賠償の範囲には関係しない」とし、学説でも、「受任者は、裁判官が、その損害がまさに受任者のフォートに基づくものであると決定するとき、受任者によって引き起こされた損害の全部を賠償しなければならないということである。そのような段階にあっては、委任が無償であったかそうでないかに従って区別を行うという理由は存在しないだろう。そのような区別付けは、より以前の段階において必要なものとなる。すなわち、受任者の行為の評価においてである。実際に、無償の受任者の行動の評価が、有償の受任者およびとりわけ専門家である受任者の行動の評価よりも厳格なものでないことは当然である」とされている。P. Pétel, *op. cit.*, n° 157 参照。

契約において債務者は一般に 659 条の基準に従って、あるいは故意および重大な過失という（あるいはそれに相当する程度の）帰責事由をもって責任を負うべきという主張も見られた。しかしこれに対しては、立法者意思と民法の体系的解釈に反するところがあり、現代におけるこのような法理の樹立に対する要請もいまだないように思える⁽⁶³⁾。ただしこのことは、贈与者など無償契約債務者の負う義務や、債務者が責任を負うための要件に限ったことである。無償契約の特質は、上記のように非対価性、債務者の好意、それらの要素に基づく当事者の意思など主観客観さまざまな要素が組合わさることで、特に責任の効果について有償契約とは異なる体系を構成しているということにある。このことから、現行日本民法の構成上、無償契約類型における債務者の責任制限は、注意義務の制限や責任要件の厳格化という面での責任制限としては諸外国に比べその発現の度合いは劣るものの、有償契約との対比では、特に責任の効果としての損害賠償の範囲が制限されるべきという構造が存在するといえる。その限りでは、無償契約の特質に基づく債務者の賠償責任制限という構造の存在こそが、無償契約における責任制限法理の根拠となりうるものであり、これに基づいて、無償契約債務者の責任が、有償契約債務者の責任とは異なって判断されるべきという場面・要請が生ずるものと考えられる。

二 551 条 1 項, 590 条 2 項, 596 条, 659 条の規定趣旨

担保責任の制限に関する諸規定（551 条 1 項, 590 条 2 項, 596 条）も、無償受寄者の注意義務を軽減する規定も、「それだけのものを与える」・「それだけのものをもらう」こと、そして「対価なしに受寄者に財産を預ける寄託者は、受寄者の平常における注意を知ったうえで寄託をなす」という当事者の意思を推定していることがその規定の本旨であり、債務者の好意という道徳的側面を法的に評価したものではない。ただし、これはあくまで日本民法立法者が特に強調する側面であり、実際にはその当事者意思を支える要素として、契約における非対価性、そして債務者の好意や寛大さといった要素を見落としてはならない。

三 担保責任の制限に関して（551 条 1 項を中心に）

551 条 1 項が適用される場面は、「自己の財産から贈与が行われる場合」であり、「契約後目的物を第三者から取得して贈与する場合」には適用がない。制限の適用に関して、目的物の特定・不特定は影響しない。551 条 1 項本文によって免れる責任は、信託利益賠償および

⁽⁶³⁾ なお、山中博士（同「双務契約・片務契約と有償契約・無償契約」契約法大系刊行委員会編『契約法大系 I 契約総論』（有斐閣、1962）70 頁）は、「無償契約には、無償なるが故の法規原理があるが、しかしそれは個々の給付に即して具体的なかたちでの法規原理となっており、すべての無償契約に一般に妥当するそれというかたちをとらぬことも有償契約の場合と同じである」とされる。ただし、本稿で明らかにしたように、たしかに契約義務構造レベルでは各無償契約類型に特徴的なかたちでの責任制限規定や法理が見られるに過ぎない。しかし、無償契約における責任の効果（とくに損害賠償）に関しては有償契約とは異なった構造、すなわち、給付の無償性や債務者の示す好意といった要素が、特に賠償範囲決定の差異にその縮減要素の一つとして働きうるという構造が存在するのであり、それは無償契約類型一般に共通すると理解できる。

履行利益賠償であり、瑕疵によって拡大的に生ずる損害や完全性利益侵害に関しては、同利益保護のための規範の問題となる。また、「自己の財産からそれだけのものを与える」という意図であるため、瑕疵なき目的物の贈与義務を免れている。

551 条 1 項ただし書によって贈与者に帰責される責任は、贈与者が瑕疵を告知していれば（＝受贈者が瑕疵を知っていれば）被らなかつたであろう損害である。贈与者は 551 条 1 項の適用によって担保責任を免れる場合でも信義則上要求されうる義務は負担しうる。

四 659 条の射程に関して

659 条が適用されるのは、無償寄託契約における給付義務違反（＝自己の財産に対して用いるのと同一の注意を用いずに、目的物を損傷させ、滅失させ、あるいは返還の遅滞、不能を生じさせた場合）に限るのであり、場合によっては生ずる給付義務以外の義務違反や不法行為責任については、659 条の基準は用いられない。

五 責任範囲の調整について

以上のように、無償契約では同契約の特質のため、有償契約とは異なってさまざまな面で債務者の責任や注意義務を制限する規定が設けられている。しかし、このことが直ちに無償契約類型一般に共通する責任制限法理を表しているということにはならない。法律上各無償契約類型では、一定の責任や注意義務を免除する規定があるが、それは各無償契約類型の契約義務構造に見られる特徴を鑑みての規定に過ぎない。しかし、このことはあくまで法律規定レベル・義務構造レベルの問題であり、実際に裁判上無償契約債務者の責任が追及される場面で、契約の無償性や債務者の好意的意図を一切考慮してはならないということの意味するのではない。すなわち、有償契約と無償契約とを比較した場合の差異は、不履行に基づいて債務者が負うべき賠償範囲の差異、責任の効果の差異にある。

無償契約に基づく給付が問題となる場合、無論具体的事例に現れてくる諸事情にもよることとなるが、債務者の示す好意や給付の無償性を考慮して、当事者における責任範囲の縮減意図、賠償範囲の限定というものがあるというべきである。とりわけ、債権者は対価を支払うことなくただ給付を得るという以上、無償契約債権者が、有償契約債権者と同様の経済的利益を取得できると期待することは公平でない。同じ財産的価値のあるものを取得するという場合でも、それに対する保護は有償契約と無償契約とで異なって良いのではなかろうか。すなわちいわゆる履行利益について、無償契約債権者はその保護に値する存在ではなく、そういった意味で賠償額の制限が認められてよいといえるであろう。具体的には、過失相殺法理の類推などを用いることで債務者の負うべき責任の範囲、債務者が賠償すべき損害額を有償契約債務者と比べて縮減すること、それこそが無償契約の責任制限法理であるといえるだろう。

ただしこのことは、あくまで履行利益に限られることであり、無償契約債務者によるいわゆる完全性利益侵害が生じた場合にも、無償性を考慮した一般的な賠償額制限が認められ

てよいとすることは、問題があり、この判断は各個別事例に委ねられることとなろう。

VI 補論—債権法改正作業における無償契約債務者の責任制限規定について

現在、法務省法制審議会民法（債権関係）部会において、現行民法典のうち、主として債権法部分を改正するための要綱案作成に向けた議論が進められている。このいわゆる債権法改正作業においては、本稿の研究対象でもある無償契約債務者の責任制限規定についてもその検討対象となっている。そこで、ここでは補論としてではあるが、債権法改正という文脈の中で、無償契約債務者の責任制限規定がどのように評価されているのかを見ていくこととする⁽⁶⁴⁾。

一 中間試案における提案の概要

（一）贈与者の担保責任の制限について

現行民法では、551条1項において、贈与契約において贈与者は目的物に権利の不存在や物の瑕疵といった問題があったとしても、その欠陥について悪意でない限りは責任を負わないとあるのはすでにみてきたとおりである。さらに、この規定による制限の要件や射程については、同条で定められている責任の本質の理解に至るまで学説に差異がみられ、それに応じて意見も複数にわたっているという状況にある。

「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」では、551条1項の内容を改める提案がなされている。試案による条文案は以下のとおりである⁽⁶⁵⁾。すなわち、

贈与者の責任（民法第551条関係）

民法第551条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 贈与者は、次に掲げる事実について、その責任を負わないものとする。ただし、贈与者がこれらの事実を知りながら受贈者に告げなかったときは、この限りでないものとする。
 - ア 贈与によって引き渡すべき目的物が存在せず、又は引き渡した目的物が当該贈与契約の趣旨に適合しないものであること
 - イ 贈与者が贈与によって移転すべき権利を有さず、又は贈与者が移転した権利に当該贈与契約の趣旨に適合しない他人の権利による負担若しくは法令の制限があること。
- (2) 他人の権利を贈与の内容とした場合（権利の一部が他人に属する場合を含む。）であっても、贈与者がその権利を取得した場合には、その権利を受贈者に移転する義務を負うものとする。

⁽⁶⁴⁾ 債権法改正の経緯やその理由、改正そのものの当否については、すでに多くの参考文献が存在するためここでは特に扱わない。また、公的な場での改正作業は2010年に端を発するが、それ以前から債権法改正に向けた私的提案が存在し、民法（債権関係）部会での審議開始後も、すでにいくつかの中間的成果が公にされている。本稿では、法制審議会での債権法改正作業のうち、執筆時点での最新の成果である「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」を中心に扱う。これについては、商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）』（商事法務、2013）を参照。

⁽⁶⁵⁾ 商事法務編・前掲注(64)149-150頁。

(3) 上記(1)に掲げる事実があることにより、受贈者が贈与契約をした目的を達成することができないときは、受贈者は、贈与契約の解除をすることができるものとする。

(4) [省略]

以上のように提案されているが、注として「贈与者の履行義務並びにその不履行による損害賠償及び契約の解除に関する規律をそれぞれ一般原則に委ねるという考え方がある」とされている。

提案の趣旨としては、551条1項が規定するように権利の不存在や物の瑕疵の場合に責任を負うか否かという表現ではなく、目的物が「契約の趣旨に適合するか否か」という観点から、契約の趣旨に適合しない目的物を給付した場合でも、契約不適合の事実について贈与者が善意であるかぎりはその責任を負わないというものである。さらに(2)では、他人の所有する物を贈与契約の目的物にした場合において、贈与者がその物の権利を取得した場合には、移転義務があるとされている。また、(3)では契約の解除についても言及されており、これによれば目的物の契約不適合のために契約の目的が達成できない場合には受贈者に解除権が認められることとされている。

(二) 無利息消費貸借貸主の担保責任について

現行 590 条 2 項では、無利息消費貸借の貸主は、目的物に瑕疵がある場合でも原則として責任を負わないが、瑕疵について悪意である場合、同条 1 項の責任、すなわち利息付消費貸借貸主に課される担保責任を負うこととされている。

中間試案では、590 条 2 項の定める担保責任の制限について、贈与契約の場合と同じように目的物の瑕疵の有無ではなく「契約不適合」の有無で判断すべきこと、贈与者の担保責任に関する規定を準用するとすることが提案されている⁽⁶⁶⁾。

(三) 使用貸借貸主の担保責任について

現行 596 条に対応する改正提案はなされていないが、無利息消費貸借貸主の担保責任の場合と同様に、現行規定における 551 条 1 項の準用を維持することが想定されているものと思われる。

(四) 無償委任受任者の注意義務について

現行 644 条は委任契約の受任者について、契約の有償無償に関わらず善良なる管理者の注意義務を用いた委任事務の実行義務を求めているが、すでに見たように学説では有償委任と無償委任とで受任者に要求されるべき注意義務や責任を負うべき帰責事由を区別し、

⁽⁶⁶⁾ 商事法務・前掲注(64)155頁。590条2項に対応する改正試案は以下のとおりである。すなわち、「(2) 無利息の消費貸借において、引き渡された目的物が当該消費貸借契約の趣旨に適合していない場合における貸主の担保責任については、贈与者の担保責任に関する規定を準用するものとする」。

さらに無償委任において一定の場合には、緊急事務管理の規定を用いることで責任制限を認めるべきとの見解も見られるところである。

中間試案では、委任契約において受任者の負うべき注意義務に関して、委任契約の有償無償に応じた別扱いを要求する提案はなされていない⁽⁶⁷⁾。

(五) 無償寄託受寄者の注意義務について

現行 659 条は、寄託契約が無償である場合、無償受寄者が寄託物の保管に際して要求される義務を自己の財産と同一の注意義務としている。中間試案では、659 条の記述を維持したうえで、「有償で寄託を受けた者は、善良なる管理者の注意をもって、寄託物を保管する義務を負うものとする」と提案されている⁽⁶⁸⁾。

委任と同様に現行規定を基本的に維持したうえで、有償寄託の受寄者に要求される注意義務を注意的に規定するという提案がなされている。

二 所 感

中間試案では、全体として現行規定における無償契約債務者の責任や注意義務に関する考え方を維持したうえで、個別的な修正措置、たとえば目的物の瑕疵を契約不適合といった概念に修正するといった措置が取られている。このことから、無償契約債務者の責任制限といった意味では、現在のところ現行規定の趣旨を大きく変更するものではない。

しかしその意味では、現行規定に対してもいくつかの問題点が見いだせる中、民法典が契約の無償性をどのように評価しているのか、具体的に無償契約債務者が各規定に従ってどのような責任制限を受けるのか、といった点についてはやはり不明な点が多く残されてしまうこととなっているように思われる。

(一) 担保責任制限に関する諸規定の中間試案について

現行 551 条 1 項、590 条 2 項、596 条によってそれぞれ贈与者、無利息消費貸借貸主、使用貸借貸主は、目的物に瑕疵などがあつたとしても、その瑕疵を債権者に知りながら告げないという場合で無い限り責任を負わないとある。

債権法改正作業では、議事録を見るに、贈与者の担保責任の制限に関する規定について、契約の有償無償という相違、現代社会における無償契約の意義、さらには経済取引に取り込まれている無償契約とそうでない無償契約との相違など、さまざまな観点から議論が展開されているものの、目的物に契約不適合があつた場合に贈与者の契約責任が問題となるこ

⁽⁶⁷⁾ なお、検討事項の段階では、有償委任と無償委任と区別を設けるべきか否かという論点が提示されている。民事法研究会編集部編『民法（債権関係）の改正に関する検討事項』（民事法研究会、2011）618 頁。これについては、第 17 回会議において中田裕康委員から、有償委任と無償委任との区別をあらかじめ設けることは適当でなく、有償委任と無償委任とで相違があるという点については、個別に規定すれば足りるのではないかと発言がみられる。法制審議会民法（債権関係）部会第 17 回会議議事録 16 頁参照。

⁽⁶⁸⁾ 商事法務編・前掲注(64)186 頁。

とは一致しているようである。しかし、贈与契約の無償性を考慮した特別規定、契約解釈準則の設置の可否、当否については意見が分かれているようである。結局、売主の担保責任を契約責任として構成することを前提として、売買契約では目的物の「瑕疵」ではなく「契約不適合」を基準とした担保責任を設定することと平伏を合わせるという方向性が選択されたようである。そこで、贈与者の担保責任に関しても、基本的には 551 条 1 項の構成を維持しつつ、目的物の瑕疵ではなく、①目的物そのものの不存在、②その他目的物に契約に適合しない点があることをも規定するものとしている。さらに、他人物贈与の場合、贈与者に権利取得時に引渡義務があることを明示し、目的物の契約不適合性のための契約目的不達成の場合には、受贈者に契約の解除権を与えている。

このように、現行規定を維持しつつ、権利取得時の移転義務や解除など、現行規定からは必ずしも明らかでなかった贈与者の義務、担保責任の効果を一定程度明らかにしている点では評価に値するといえる。

「立法論」という点での限界も当然あるであろうが、中間試案に対しては、①目的物の不存在や契約不適合、すなわち債務不履行責任について、贈与者が善意であるか悪意であるかによって帰責を判断するのはなぜか、②贈与者の責任について、単に「責任を負う」かがどうか問題とされているが、受贈者側からの履行請求、追完請求は可能なのか、さらにその可否は、贈与者の善意・悪意によって左右されるのか、③責任の効果の一つであると考えられる損害賠償について、善意の贈与者が賠償を免れてよい損害と悪意の贈与者が賠償すべき損害とは何であるのか、これらの損害についてはどのように算定するのかといった疑問を提示することができる。特にこの提案において前提とされている責任が贈与者の契約責任であるとする、契約責任としての担保責任の帰責判断に、善意・悪意という基準をなぜ用いるのかについては、検討すべき課題の一つであるように思われる⁽⁶⁹⁾。

（二）注意義務制限に関する中間試案について

特に無償委任の受任者について、委任契約が有償である場合と無償である場合とを区別する C.C.1992 条や現行 659 条の規定を理由に、その注意義務や責任を制限すべきとする有

⁽⁶⁹⁾ 贈与契約における目的物の契約不適合等の際の追完請求権、さらには贈与者の責任そのものに関して、比較的小規模ではあるが議論となっている。たとえば第 53 回会議議事録 38-39 頁、第 68 回会議議事録 3-4 頁参照。中には、「契約不適合」があってもそれについて善意である限り贈与者は責任を負わなくともよい、という点について違和感を覚えておられる委員もいるようである。結局は、無償契約である贈与においても、贈与者は契約の内容に従って適切な給付を行うべきであり、その違反に対しては契約責任を負うべきであるが、現行規定に沿うかたちでの契約の無償性に鑑みた責任制限が規定されているという点に問題の根幹があるように思える。すなわち、担保責任を有償契約における対価の均衡維持の責任として理解するのであれば、そのための責任を制限される贈与においては、瑕疵のために減少している目的物の価値を補填するための責任がないということとどまる。目的物にいわゆる契約不適合＝当該贈与契約の趣旨に照らしての瑕疵があれば、契約不履行として贈与者は責任を負うべきである。一方で、中間試案のように、目的物に契約に適合しない点があっても、贈与者が善意である限りは責任を負わないというのは、そもそも「贈与者といえども契約に適合する給付を行うべきであり、契約の有償・無償という際はその限りでは関係しない」という評価と真っ向から矛盾を来す。このことについて、問題があると感じられる委員がおられるのではなかろうか。

力な見解も見られる中で、中間試案では基本的に現行規定をそのまま維持するという方針が採られている。やはり、対価を得ないとはいえ本人の事務を引受ける以上は高度の注意義務をもって事務処理に当たるべきであり、本人に決して損害を及ぼしてはならないという価値判断が根底にあるのであろうか。無償寄託については、無償受寄者の注意義務を自己の財産に対するのと同じの注意義務として維持することとされているようであるが、この注意義務が果たしてどのような意義を有するものであるのか、債務不履行の判断基準、帰責原理にとってどのような意義を持つものであるのかは未だ十分に明らかではなく、検討を要する事項である。ただし、無償委任の受任者、あるいはなお広く無償契約債務者の負う注意義務については、各個別契約の持つ特質を考慮して決定されるため、契約の無償性という点から一律に注意義務を軽減すべきでないことはたしかである⁽⁷⁰⁾。

⁽⁷⁰⁾ なお、第36回会議では400条の規定する善良なる管理者の注意義務と贈与者の負う注意義務との関連で議論が展開されている。第36回会議議事録33-35頁。

終 章 結 び に

以上、本稿では無償契約債務者の責任制限法理を取り上げ、民法典に規定されている無償契約債務者の責任制限規定を中心にその規定根拠や射程、そして無償契約債務者の責任制限という法理の存否などにつき、歴史的・比較法的検討を試みた。無償契約に関する規定につき、債務者の責任や注意義務を制限する趣旨の規定が設けられているという点では各国民法典に共通するところであるが、本稿でみたように、その規定態様や解釈方法には差異も見られた。すなわち、「一定類型の無償契約において債務者の責任が制限される場合がある」ということは一般論としては正しいといえるものの、どのような無償契約類型について、どのような態様の責任制限を認めるかについては、各国の態度に相当の差異を見出すことができる。これについては、対価を伴う契約である有償契約とそうでない契約である無償契約という差異を実体法的にどのように評価するかという点での相違にとどまらず、いかなれば各国における契約観・契約責任観の相違も影響を及ぼしているのではないかと推測しうる。

結局、無償契約類型一般に共通する責任制限法理が存在するといえるかについては、以下のように応答可能ではないだろうか。すなわち、無償契約に関する規定を見るに、債務者が負う注意義務を一般の債務者よりも軽減し、あるいは一定の無償契約類型では債務者が不履行につき責任を負うための事由を厳格化するような規定例が諸外国（とりわけドイツ）に見受けられる。しかし、立法者の意思や現在の日本社会の状況等から、解釈論としておよそ一定の給付を無償でなすことを約束した債務者一般につき、その注意義務や帰責事由について一般の債務者よりも制限を受けるとはいえないのではないだろうか。一定の給付を約束した以上、その給付を果たすために必要な注意を払い、義務違反や債務不履行によって相手方に損害を与えた場合には、「帰責事由」の有無で責任の有無が決められるべきである。しかし、無償契約債務者が契約責任を負うとした場合、その量、損害賠償の額も一般の債務者と同様に決定されるべきであろうか。無償契約債務者につき、その給付の無償性や債務者の主観的態様としての好意、そして無償契約の債権者が無償で給付を受けるに過ぎないという諸点を考慮すると、有償契約における債権者よりもとりわけ履行利益に関しては保護の要請が低いといえるのではないだろうか。無償契約債務者の責任制限法理とは、債務不履行や義務違反の場合の責任の効果、すなわち損害賠償額の調整が行われてよいという法理の存在を指摘できる。無償契約の一般法理としての責任制限は、契約義務レベルや責任の要件レベルにおいてではなく、責任の効果レベルにおいて見られるのである。

日本においては、立法者の（あるいは日本独自の？）無償契約観が強く表れているためか、諸外国と比べて無償契約債務者の保護という面では法律規定についてやや不十分さがあることは否めない。近時の学説においても、このような無償契約において債務者の責任を制限するという原則を採用しないという立法者による考えを批判するものもあり、中には無償契約一般について債務者の責任が制限されるべきであるとするものさえみられる。ただ、この一点をもって日本が諸外国に比べて誤った立法措置を行ったと断ずることはできない。

対価を得ない場合であっても、一定の給付を合意した以上はそれ相応の義務を負うべきである。それに対して、契約の無償性を理由としてあらかじめ一定の義務を制限する（あるいは責任追及の要件を厳格にする）という解釈措置を採るためには、これに対応する法律規定がない以上、それを必要とする実社会上の要請などが求められよう。しかし他方で、現代社会が資本主義経済社会であり、対価を伴う交換取引を前提とするがゆえに、たとえば売買と贈与とを比べた場合、前者のほうが事実としてより債務者の責任追及を厳格にしなければならない、言い換えれば債権者の期待した契約によって実現される（べき）利益を保護しなければならないといえる。さらに、やはり当事者の意思や無償契約の本質から、そして対価なくただ給付を受けるに過ぎない無償契約債権者が、無償契約によって有償契約を締結した場合と同等の利益の実現を期待することは正当でないとの一般的感情からは、責任の効果面、とりわけ損害賠償責任が問題となる場面で、有償契約と同等の責任を無償契約の債務者に課すことは問題があるだろう。その点で、責任構造のうち特に責任の効果という面での債務者の責任制限を認めることが、無償契約における一般法理としての責任制限として承認されてよいのではないだろうか。

有償契約が経済取引の中心を占める現代において、無償契約が社会にとってどのような意義を有するのか、どのような役割を要請されているのかに注視していきたい。